



L'inexistence du contrat

Alexis Posez

► To cite this version:

Alexis Posez. L'inexistence du contrat : Un autre regard sur sa formation. Droit. Université Panthéon-Assas, 2010. Français. NNT: . tel-01201755

HAL Id: tel-01201755

<https://shs.hal.science/tel-01201755>

Submitted on 18 Sep 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS (PARIS II)
DROIT – ÉCONOMIE ET GESTION – SCIENCES POLITIQUES

L'INEXISTENCE DU CONTRAT

UN AUTRE REGARD SUR SA FORMATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT PRIVÉ
(Arrêté du 7 août 2006)

Présentée et soutenue publiquement le 18 mai 2010 par

Alexis POSEZ

DIRECTEUR DE RECHERCHE

Monsieur Dominique BUREAU, *Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*

MEMBRES DU JURY

Monsieur François CHÉNEDÉ, *Professeur à l'Université Rennes I*

Madame Dominique FENOUILLET, *Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*

Monsieur Guillaume WICKER, *Professeur à l'Université Montesquieu (Bordeaux IV)*

Monsieur Claude WITZ, *Professeur à l'Université de la Sarre*

L'Université Panthéon-Assas n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

AVERTISSEMENTS

COMPUTATION DES ALINÉAS

Contrairement à la tradition, qui désigne par le mot d'alinéa tout paragraphe terminé par un point suivi d'un retour à la ligne⁽¹⁾, le législateur a récemment entrepris d'introduire une nouvelle définition consistant à voir un alinéa dans tout paragraphe suivi d'un renvoi à la ligne, qu'il soit ou non terminé par un point conclusif⁽²⁾.

Le choix s'offrant soit d'adopter cette dernière nomenclature et de porter ce faisant à faux toutes références antérieures au risque de perdre le lecteur et justiciable⁽³⁾, soit de conserver le sens constant du terme en contradiction avec les dispositions nouvelles, on prendra le parti, lorsque la difficulté se présentera, de mentionner entre guillemets le numéro « légal » de l'alinéa et de le faire suivre entre parenthèses du numéro que lui attribue encore le sens commun.

En conséquence, et pour seul exemple, l'article 815-3 du Code civil étant aujourd'hui composé de quatre alinéas – dont le premier se subdivise en quatre numéros – plutôt que de huit comme indiqué par l'article 2 de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités (*sic*), on mentionnera son deuxième alinéa de la façon suivante : C. civ., art. 815-3, « al. 6 » (al. 2).

TYPOGRAPHIE DES CITATIONS

Les citations sont reproduites entre guillemets en caractères italiques. Pour autant, la variation typographique voulue par l'auteur cité sera respectée comme participant pleinement à la signification de son texte. Elle s'exprimera donc par l'emploi de caractères romains au sein de la citation en italique. Lorsque, exceptionnellement, on s'écartera de cette règle afin de mettre en évidence un passage ou une expression, le passage incriminé sera indiqué comme non souligné par l'auteur [n.s.a.].

(1) Définition qui est aussi celle du *Grand Robert* : « Séparation entre la phrase terminée et la phrase nouvelle, celle-ci étant commencée en retrait, à la ligne suivante, après un petit intervalle laissé en blanc. » (sens 1), et « Passage compris entre deux alinéas. » (sens 2, appliqué, en exemple, aux articles du Code civil).

(2) V. circ. 20 oct. 2000, JO 31 oct. 2000, p. 17302, qui recommande aux rédacteurs de se plier au nouvel usage parlementaire, constatant que le Conseil d'État a lui-même fini par s'y rallier. Comp. auparavant, en sens contraire, circ. 30 janv. 1997, JO 1^{er} févr. 1997, p. 1720, dont l'article 1.1.3.5 rappelait de la façon la plus claire : « Un alinéa comprend au moins une phrase entière. – Il n'y a donc d'alinéa que lorsque l'on va à la ligne après un point. Par suite, quand un alinéa se compose d'un « chapeau » suivi, après renvoi à la ligne, d'une énumération sous forme de tirets ou d'une numérotation (1°... 2°... 3°...), cet ensemble ne forme qu'un seul alinéa. »

(3) Sur quoi, v. A. LE GALL, « Alinéa, vous avez dit alinéa ? », D. 2001, point de vue, p. 133.

ABRÉVIATIONS

et autres locutions typographiques

1 ^{re} civ.	: Première chambre civile de la Cour de cassation	av.-proj.	: avant-projet
2 ^e civ.	: Deuxième chambre civile de la Cour de cassation	aviat.	: aviation
3 ^e civ.	: Troisième chambre civile de la Cour de cassation	banc.	: bancaire
ABGB	: <i>Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Code civil – Autriche, 1812)	Belg.	: Belgique
acad.	: académie	BGB	: <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Code civil – All., 1900)
actual.	: actualités	BGH	: <i>Bundesgerichtshof</i> (Cour fédérale de justice – RFA)
adde	: ajouter	BGHZ	: <i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen</i> (Recueil officiel des arrêts civils de la Cour fédérale de justice – RFA)
adm.	: administratif	BLAJ	: Bulletin d'informations administratives et juridiques
aér.	: aérien	biobl.	: bibliothèque
aff.	: affaires	BICC	: Bulletin d'information de la Cour de cassation
AGBG	: <i>Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen</i> (Loi sur les conditions générales des contrats d'affaires – RFA, 9 déc. 1976)	BJIPA	: Bulletin juridique international de protection des animaux
agric.	: agricole, agriculture	BLD	: Dalloz – Bulletin législatif
AJ	: Actualité jurisprudentielle	BOCC	: Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
AJ	: Actualité juridique	BODACC	: Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales
AJDA	: Actualité juridique de droit administratif	BOI	: Bulletin officiel des impôts
AJDI	: Actualité juridique – Droit immobilier (1998-)	BOSP	: Bulletin officiel des services et des prix
AJPI	: Actualité juridique – Propriété immobilière (1956-1997)	BRDA	: Bulletin rapide de droit des affaires
AktG	: <i>Aktiengesetz</i> (Loi sur les actions mobilières [et les sociétés par actions] – RFA, 1965)	BT	: Bulletin des transports (1895-1990)
al.	: alinéa	BTL	: Bulletin des transports et de la logistique (1991-)
All.	: Allemagne	Bull.	: Bulletin de la Cour de cassation (chambres civiles ou criminelle)
AMF	: Autorité des marchés financiers	Bull. Joly	: Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés
anc.	: ancien	c.	: contre
ann.	: annales	C.	: Code
antér.	: antérieur, antérieurement	C. cass.	: Cour de cassation
APD	: Archives de philosophie du droit	C. constit.	: Conseil constitutionnel
app.	: appendice(s)	CA	: cour d'appel
arbitr.	: arbitrage	CAA	: cour administrative d'appel
arch.	: archives	cah.	: cahiers
arg.	: argument	Cab. dr. entr.	: Cahiers de droit de l'entreprise (suppl. au JCP CI puis JCP E)
arr.	: arrêt	Cab. dr. eur.	: Cahiers de droit européen
art.	: article	Canon. contemp.	: Le Canoniste contemporain
ass.	: assemblée	CASF	: Code de l'action sociale et des familles
Ass. plén.	: Assemblée plénière de la Cour de cassation	CCA	: Commission des clauses abusives
assoc.	: association		
assur.	: assurance		
augm.	: augmenté		
autom.	: automobile		
av.-pr.	: avant-propos		

CCC	: Contrats, concurrence, consommation	CO	: Code des obligations (Suisse, 1911)
CCE	: Communication – Commerce électronique	COJ	: Code de l'organisation judiciaire
CCH	: Code de la construction et de l'habitation	col.	: colonne
CCNE	: Comité consultatif national d'éthique	coll.	: collection
C. const.	: Conseil constitutionnel	collab.	: collaboration
CCR	: Cadre commun de référence pour un droit privé européen	Com.	: Chambre commerciale et financière de la Cour de cassation
CDE	: Code du domaine de l'État	com.	: commerce, commercial
CE	: Conseil d'État <i>ou</i> Communautés européennes	comm.	: commission
CECUP	: Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique	comment.	: commentaire
CEDH	: Cour européenne des droits de l'homme	commun.	: communautaire
cep.	: cependant	communic.	: communication
CESEDA	: Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile	comp.	: comparer, comparé, <i>comparative</i>
cf.	: <i>confer</i> (se reporter à)	compl.	: compléter par
CGI	: Code général des impôts	compt.	: comptable
CGPPP	: Code général de la propriété des personnes publiques	conc.	: concurrence
ch.	: chambre	concl.	: conclusion(s)
Ch. mixte	: Chambre mixte de la Cour de cassation	conf.	: conférence
Ch. réunies	: Chambres réunies de la Cour de cassation	cons.	: conseil
chap.	: chapitre	consid.	: considérant
chr.	: chronique	consom.	: consommation
CIC	: <i>Codex iuris canonici</i> (Code de droit canonique, 1983)	const.	: constitutionnel
CIDE	: Convention internationale des droits de l'enfant (ONU, 20 nov. 1989)	constr.	: construction
CIJ	: Cour internationale de justice	cont.	: contentieux
circ.	: circulaire	contract.	: contractuel
cit.	: citation	conv.	: convention, conventionnel
civ.	: civil	Conv. EDH	: Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Rome, 4 janv. 1950)
CJCE	: Cour de justice des Communautés européennes (-2009)	coord.	: coordination
CJEG	: Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz	copr.	: copropriété
CJUE	: Cour de justice de l'Union européenne (2009-)	CPC	: Code de procédure civile
CLJ	: <i>Cambridge Law Journal</i>	CPCE	: Code des postes et des communications électroniques
CLR	: <i>California Law Review</i>	CPI	: Code de la propriété intellectuelle
CMF	: Code monétaire et financier	CPP	: Code de procédure pénale
CMP	: Code des marchés publics	c.r.	: compte rendu
CNC	: Conseil national de la consommation	Crim.	: Chambre criminelle de la Cour de cassation
CNUDCI	: Commission des Nations Unies pour le droit commercial international	crit.	: critique
		CSP	: Code de la santé publique
		CSS	: Code de la sécurité sociale
		cult.	: culture
		CVIM	: Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 11 avril 1980)
		D.	: Recueil Dalloz
		DA	: Dalloz – Recueil analytique (1941-1943)
		D. Aff.	: Dalloz Affaires (1995-1999)
		dactyl.	: dactylographié
		DBF	: Droit bancaire et financier
		DC	: Dalloz – Recueil critique (1941-1943)

- DCFR : *Draft Common Frame of Reference*
(Projet de cadre commun de référence, par le Groupe d'étude sur un code civil européen, dir. Ch. Von Bar, 2007)
- DDHC : Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (France, 1789)
- déc. : décision
- décr. : décret
- D.-L. : décret-loi
- Defr. : Répertoire du notariat Defrénois
- délict. : délictuel
- déont. : déontologique
- dép. : département
- dern. : dernier, dernièrement
- DH : Dalloz – Recueil hebdomadaire (1924-1940)
- dict : dictionnaire
- Dig. : Digeste (Justinien, 533)
- DIP : droit international privé
- dir. : direction
- discipl. : disciplinaire
- div. : divers
- DMF : Le Droit maritime français
- doc. : document, documentation
- Doc. fr. : La Documentation française
- doctr. : doctrine
- dom. : domaine
- DP : Dalloz – Recueil périodique (1825-1940)
- DPCI : Droit et pratique du commerce international
- dr. : droit
- Dr. et cult. : Droit et cultures
- Dr. & Patr. : Droit & Patrimoine
- Dr. fam. : Droit de la famille
- Dr. soc. : Droit social
- Dr. sociétés : Droit des sociétés
- Droits : Droits – Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques
- DUDH : Déclaration universelle des droits de l'homme (1948)
- e.g. : *exempli gratia* (à titre d'exemple)
- écon. : économie, économique
- éd. : édition
- éduc. : éducation
- égal. : également
- EheG : *Ehegesetz*
(Loi sur le mariage – All., 1946)
- élect. : élection, électoral
- électr. : électrique
- encycl. : encyclopédie, encyclopédique
- enreg. : enregistrement
- entr. : entreprise
- env. : environ
- envir. : environnement
- eod. loc. : *eodem loco* (au même endroit)
- eod. num. : *eodem numerus* (au même numéro)
- eod. pag. : *eodem pagina* (à la même page)
- esp. : espèce
- et al. : *et alii* (et autres)
- etc. : *et cetera*
- étr. : étranger
- étym. : étymologie
- eur. : européen
- EWHC : *England and Wales High Court*
- ex. : exemple
- expropr. : expropriation
- f° : folio
- fac. : faculté
- fam. : famille, familial
- fasc. : fascicule
- féd. : fédération
- fin. : financier
- fisc. : fiscal
- FJ : La France judiciaire (1877-1910)
- fonc. : foncier
- fr. : français
- Gaz. Pal. : Gazette du Palais
- Gaz. trib. : Gazette des tribunaux
- gén. : général, généralement
- GIE : groupement d'intérêt économique
- GmbHG : *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*
(Loi relative aux sociétés à responsabilité limitée – All., 1892)
- gouv. : gouvernement
- gr. : grec
- hab. : habitation
- Halde : Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité
- handic. : handicap
- hist. : historique
- HGB : *Handelsgesetzbuch*
(Code de commerce – RFA)
- homolog. : homologation, homologué
- huiss. : huissier
- IALS : *International Association of Legal Science*
- i.e. : *id est* (c'est-à-dire)
- ibid. : *ibidem* (même endroit)
- id. : *idem* (de même)
- id. auct. : *idem auctor* (même auteur)
- id. cit. : *idem citatio* (même citation)
- id. ex. : *idem exemplum* (même exemple)
- id. tit. : *idem titulus* (même intitulé)
- IGEC : Instruction générale relative à l'état civil (Min. Justice, 21 sept. 1955)
- imm. : immeuble, immobilier
- impl. : implicite, implicitement
- impr. : impression, imprimeur
- in : dans
- in-4° : in-quarto

- in-8° : in-octavo
 incap. : incapacité, incapable
 ind. : industrie, industriel
 indemn. : indemnité, indemnitaire
 inéd. : inédit
 in-f° : in-folio
 inf. : inférieur
 inform. : informatique
infra : ci-dessous
 INPI : Institut national de la propriété intellectuelle
 Inst. : Institutes
 (Gaius, env. 150 ; Justinien, 533)
 instr. : instruction
 int. : international
 intell. : intellectuel
 introd. : introduction
 IR : Informations rapides
 J.-Cl. : Juris-Classeur
 JCP : Juris-Classeur Périodique (Semaine juridique) – Édition générale
 JCP A : Juris-Classeur Périodique (Semaine juridique) – Édition Administration
 JCP CI : Juris-Classeur Périodique (Semaine juridique) – Édition Commerce et Industrie (1948-1983)
 JCP E : Juris-Classeur Périodique (Semaine juridique) – Édition Entreprise (1984-)
 JCP N : Juris-Classeur Périodique (Semaine juridique) – Édition notariale
 JCP S : Juris-Classeur Périodique (Semaine juridique) – Édition sociale
 J.-Data : Juris-Data
 JDI : Journal de droit international (Clunet)
 JLH : *Journal of Legal History*
 JO : Journal officiel
 (de la République française)
 JOAN : Journal officiel – Assemblée nationale
 JOCE : Journal officiel des Communautés européennes (1952-2002)
 JOUE : Journal officiel de l'Union européenne (2003-)
 journ. : journal
 Journ. notaires : Journal des notaires et des avocats (1808-1992)
 JT : Journal des tribunaux
 jud. : judiciaire
 jur. : juridique *ou* jurisprudence
 Justices : Justices – Revue générale de droit processuel
 L. : loi
 lat. : latin
 lég. : législatif, législation
- LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence
Liais. soc. : Liaisons sociales
 libr. : libraire, librairie
 liv. : livre
 LJ : *Law Journal*
 LJA : La Lettre des juristes d'affaires
 LLR : *Louisiana Law Review*
loc. cit. : *loco citato* (passage cité)
 loy. : loyer(s)
Loy. et copr. : Loyers et copropriété
 LR : *Law Report*
Ltd. : *Private limited company*
 LUFC : Convention portant loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels (La Haye, 1^{er} juill. 1964)
 LUVI : Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels (La Haye, 1^{er} juill. 1964)
 magistr. : magistrat, magistrature
 mar. : maritime
 march. : marchandise, marchand
McGill LJ : *McGill Law Journal*
 MDD : La Mémoire du Droit
 méd. : médecine, médical
 MEFRA : Mélanges de l'École française de Rome – Antiquité
 mém. : mémoire
 méton. : métonymie
 milit. : militaire
 min. : ministre, ministère, ministériel
 MLR : *Modern Law Review*
 modif. : modifié par
Mon. : Le Moniteur (Belgique)
 mor. : moral(e)
 myth. : mythologie, mythologique
 n°, n^{os} : numéro, numéros
 Nap. : Napoléon
 nat. : national
 nav. : navigation
NBW : *Nieuw Burgerlijk Wetboek* (Nouveau Code civil – Pays-Bas, 1992)
 NCPC : Nouveau Code de procédure civile (1976-2007)
 niv. : niveau
NJW : *Neue Juristische Wochenschrift* (Nouvel hebdomadaire juridique, All.)
 not. : notamment
 nouv. : nouveau
 Nov. : Nouvelles (Justinien)
 n.s.a. : non souligné par l'auteur
 obs. : observation(s)

- off. : officiel
 OGH : *Oberster Gerichtshof*
 (Cour supérieure de justice
 – Autriche)
 ONU : Organisation des Nations Unies
op. cit. : *opere citato* (ouvrage cité)
 OPA : offre publique d'achat
 OPE : offre publique d'échange
 opp. : opposé
 ord. : ordonnance
 org. : organisation
 orig. : origine, original, originaire
 ouvr. : ouvrage
 ouvr. coll. : ouvrage collectif
 p., pp. : page, pages
 PA : Petites Affiches
 Pacs : pacte civil de solidarité
 pan. : panorama
 paragr. : paragraphe
 part. : partie
 Pas. : Pasicrisis ou Recueil général de la
 jurisprudence des cours et
 tribunaux de Belgique
passim : ça et là
 patr. : patrimoine
 PCC : Principes contractuels communs
 (v° PCCR)
 PCCR : Projet de cadre commun de
 référence pour un droit européen
 des contrats – Terminologie
 contractuelle commune et
 Principes contractuels communs
 (Assoc. H. Capitant et SLC, 2007)
 PDEC : Principes du droit européen du
 contrat (1998-2002, dir. O. Lando)
 pén. : pénal
 pens. : pension(s)
 phil. : philosophie, philosophique
 PIDC : Pacte international des droits civils
 et politiques (ONU, 1966)
 PIDE : Pacte international des droits
 économiques, sociaux et culturels
 (ONU, 1966)
 plén. : plénier, plénière
 pol. : politique
 post. : postérieur
pr. : *praefatio* (préambule)
 prat. : pratique
 préc. : précédent ou précité
 préf. : préface
 préflect. : préfecture, préfectoral
 prem. : premier, premièrement
 prés. : président
 Principes Acquis : Principes du droit des
 contrats issu de l'acquis
 communautaire
 (Groupe *Acquis*, 2007)
 Principes Unidroit : Principes relatifs aux
 contrats du commerce
 international (Institut international
 pour l'unification du droit privé,
 Rome, 1994, révision 2004)
 proc. : procédure
 procur. : procureur
 proj. : projet, projeté
 prol. : prolégomènes
 propr. : propriété
 protect. : protectorat
 prud'hom. : prud'hommes, prud'homal
 psych. : psychologie
 publ. : publié, publication
 PU : Presses universitaires
 PUAM : Presses universitaires
 d'Aix-Marseille
 PUF : Presses universitaires de France
 PUG : Presses universitaires de Grenoble
 quest. : question
Quot. jur. : Le Quotidien juridique
 rapp. : rapport
Rapp. : Rapport annuel de la Cour de
 cassation
 rappro. : rapprocher
 RCA : Responsabilité civile et assurances
 RCC : Revue de la concurrence et de la
 consommation
 RCDIP : Revue critique de droit
 international privé (1934-)
 RCJB : Revue critique de jurisprudence
 belge
 RCLJ : Revue critique de législation et de
 jurisprudence (1853-1939)
 RCS : Registre du commerce et des
 sociétés
 RD : revue de droit
 RDA : République démocratique
 d'Allemagne (1949-1990)
 RDAE : Revue de droit des affaires
 européen
 RDAI : Revue de droit des affaires
 internationales
 RDB : Revue de droit bancaire et financier
 RDC : Revue des contrats
 RDCB : Revue de droit commercial belge
 RD imm. : Revue de droit immobilier
 RD int. : Revue de droit international
 (1927-1940)
 RDIDC : Revue de droit international et de
 droit comparé
 RDIP : Revue droit international privé
 (1905-1933)
 RDP : Revue du droit public et de la
 science politique
 RDR : Revue de droit rural
 RDSS : Revue de droit sanitaire et social

VIII

- RDT* : Revue de droit du travail
Rec. : Recueil des décisions
 (Conseil constitutionnel,
 Conseil d'État, CJCE ou CJUE)
rech. : recherche(s)
recomm. : recommandation
rect. : rectorat, rectoral
REDC : Revue européenne de droit de la
 consommation
rééd. : réédition
réf. : référence(s)
régl. : règlement, réglementaire
réimpr. : réimpression
rel. : reliure, relié
rép. : répertoire *ou* réponse
Rép. civ. : Répertoire civil – Encyclopédie
 juridique Dalloz
Rép. cont. adm. : Répertoire de contentieux
 administratif – Encyclopédie
 juridique Dalloz
rép. min. : réponse ministérielle
reprod. : reproduction, reproduit
Req. : Chambre des requêtes de la Cour
 de cassation (-1947)
req. : requête
réquis. : réquisition(s)
résol. : résolution
resp. : responsabilité
rétrosp. : rétrospectif
rev. : revue *ou review*
Rev. adm. : Revue administrative
Rev. arb. : Revue de l'arbitrage
Rev. dr. suisse : Revue de droit suisse
Rev. huiss. : Revue des huissiers de justice
Rev. loyers : Revue des loyers et des fermages
Rev. sc. mor et pol. : Revue de l'Académie des
 sciences morales et politiques
Rev. sociétés : Revue des sociétés
RFA : République fédérale d'Allemagne
 (1949-)
RFAP : Revue française d'administration
 publique
RFDA : Revue française de droit
 administratif
RFDC : Revue française de droit
 constitutionnel
RGAT : Revue générale des assurances
 terrestres (1930-1995)
RGD : Revue générale du droit
 (1877-1938)
RGD (Ottawa) : Revue générale de droit de
 l'Université d'Ottawa
RGDA : Revue générale du droit des
 assurances (1996-)
RGDC : Revue générale de droit
 commercial (Belgique)
- RGDIP* : Revue générale de droit
 international public (1894-1977)
RHD : Revue historique de droit français
 et étranger
RHFD : Revue d'histoire des facultés de
 droit et de la science juridique
RIDA : Revue internationale du droit
 d'auteur
RID Antiq. : Revue internationale des droits
 de l'Antiquité
RIDC : Revue internationale de droit
 comparé
RIDE : Revue internationale de droit
 économique
RIEJ : Revue interdisciplinaire d'études
 juridiques (Belgique)
Riv. dir. civ. : *Rivista del diritto civile*
RJC : Revue de jurisprudence
 commerciale
RJDA : Revue de jurisprudence de droit
 des affaires
RJPF : Revue juridique Personnes &
 Famille
RJS : Revue de jurisprudence sociale
RLC : Revue Lamy de la concurrence
RLDA : Revue Lamy de droit des affaires
RLDC : Revue Lamy de droit civil
RLDI : Revue Lamy – Droit de l'immatériel
RLJ : Revue de législation et de
 jurisprudence
 (Revue Wolowski, 1834-1853)
ronéot. : ronéotypé
RPC : Revue des procédures collectives
RPDA : Revue pratique de droit
 administratif
RPDF : Revue pratique de droit français
 (1856-1884)
RRJ : Revue de la recherche juridique
RSC : Revue de science criminelle et de
 droit comparé
RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. : Revue trimestrielle de droit
 commercial et économique
RTD eur. : Revue trimestrielle de droit
 européen
RTDF : Revue trimestrielle de droit familial
RTDH : Revue trimestrielle des droits de
 l'homme
rur. : rural
S. : Recueil Sirey (1807-1965)
s. : et suivant(s)
s.a. : souligné par l'auteur
SA : société anonyme
SAFER : société d'aménagement foncier et
 d'établissement rural
sanit. : sanitaire
SARL : société à responsabilité limitée

SAS	: société anonyme simplifiée	<i>Thémis</i>	: La Thémis ou Bibliothèque du jurisconsulte (1819-1831)
SC	: sommaires commentés	tit.	: titre
sc.	: science(s)	TUE	: Traité sur l'Union européenne (Maastricht, 1992)
SCI	: société civile immobilière	techn.	: technique
scolast.	: scolastique	télécom.	: télécommunication(s)
SCP	: société civile professionnelle	terr.	: terrestre
SCS	: société en commandite simple	territ.	: territoire, territorial
s.d.	: sans date	TGI	: tribunal de grande instance
sect.	: section	th.	: thèse
sécur.	: sécurité	TI	: tribunal d'instance
sélect.	: sélection	TPI	: Tribunal de première instance de l'Union européenne
sémin.	: séminaire	trad.	: traduction
sent.	: sentence	transp.	: transport(s)
serv.	: service	trav.	: travail, travaux
s.l.	: sans lieu	trib.	: tribunal, tribunaux
SLC	: Société de législation comparée	trim.	: trimestriel
s.n.	: sans nom, anonyme	UCC	: <i>Uniform Commercial Code</i> (États-Unis)
SNC	: société en nom collectif	UE	: Union européenne
Soc.	: Chambre sociale de la Cour de cassation	UFR	: Unité de formation et de recherche
soc.	: social	ult.	: ultime, ultime
sol.	: solution	unil.	: unilatéral
somm.	: sommaire	univ.	: université, universitaire
spéc.	: spécialement	urban.	: urbanisme
<i>StGB</i>	: <i>Strafgesetzbuch</i> (Code pénal – RFA, Autriche)	v.	: voir
sup.	: supérieur	v ^o , v ^{is}	: <i>verbo, verbis</i> (mot(s), entrée(s))
suppl.	: supplément, supplémentaire	val.	: valeur
<i>supra</i>	: ci-dessus	var.	: variante, variable
syn.	: synonyme	<i>var. auct.</i>	: <i>varii auctores</i> (divers auteurs)
synall.	: synallagmatique	vers.	: version
synd.	: syndicat	vict.	: victime
<i>SZ</i>	: <i>Sammlung Zivilsachen</i> (Recueil des affaires civiles, de la Cour supérieur d'Autriche)	vol.	: volume
t.	: tome	vs.	: <i>versus</i>
<i>TAHC</i>	: Travaux de l'Association Henri Capitant	v ^{ve}	: veuve
TCC	: Terminologie contractuelle commune (v ^o PCCR)	<i>VVG</i>	: <i>Versicherungsvertragsgesetz</i> (Loi sur le contrat d'assurance – RFA, 2008)
TCE	: Traité instituant la Communauté européenne (Rome, 1957)	<i>WSr</i>	: <i>Wetboek van Strafrecht</i> (Code pénal – Pays-Bas)
TFUE	: Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (Lisbonne, 2007)	ZAC	: zone d'aménagement concerté
		ZPO	: <i>Zivilprozessordnung</i> (Code de procédure civile – RFA)
		ZUP	: zone d'urbanisation prioritaire

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE

L'INEXISTENCE POUR CAUSE DE DÉFICIENCE CHEZ L'AUTEUR DE LA VOLONTÉ

CHAPITRE I – L'ABSENCE DE PERSONNALITÉ JURIDIQUE

CHAPITRE II – L'ABSENCE DE CONSCIENCE JURIDIQUE

SECONDE PARTIE

L'INEXISTENCE POUR CAUSE DE DÉFICIENCE DANS LA TENEUR DE LA VOLONTÉ

TITRE I – LA DÉFAILLANCE D'UNE CONDITION DE FORMATION COMMUNE À TOUS LES CONTRATS

CHAPITRE I – LE CONTRAT : UN ACCORD DE VOLONTÉ

CHAPITRE II – LE CONTRAT : UN ACCORD DE VOLONTÉ DESTINÉ À PRODUIRE
DES EFFETS DE DROIT

TITRE II – LA DÉFAILLANCE D'UNE CONDITION DE FORMATION PROPRE À CERTAINS CONTRATS

CHAPITRE I – LA PERFECTION DU CONTRAT SUBORDONNÉE À UNE CONDITION DE FORME

CHAPITRE II – LA PERFECTION DU CONTRAT SUBORDONNÉE À UNE CONDITION DE FOND

CONCLUSION

INTRODUCTION

1. Une interrogation philosophique – Au commencement de la réflexion philosophique, on trouve ces mots de GORGIAS⁽¹⁾ : « *Premièrement, rien n'existe ; deuxièmement, même s'il existe quelque chose, l'homme ne peut le concevoir ; troisièmement, même si on peut le concevoir, on ne peut ni le formuler ni l'expliquer.* » On ne saurait mieux dire que la question de l'existence ou de l'inexistence des choses est première entre toutes, et qu'elle s'accompagne d'une difficulté, parfois tenue pour invincible, de concevoir jusqu'à son idée même.

Le concept, pourtant, est depuis lors apparu incontournable. Pour les philosophes, en effet, l'éventualité du néant conditionne l'existence de l'être⁽²⁾. Non seulement tout objet peut être pensé aussi bien comme existant que comme n'existant pas, mais, plus encore,

(1) *Du non-être, ou de la nature*, d'après Sextus Empiricus, in *Les Présocratiques*, par J.-P. Dumont, La Pléiade, Gallimard, 1988, p. 1022. Si l'on se situe ici au commencement de la philosophie, ce n'est que de la philosophie occidentale, et pour ce que Gorgias, le Sicilien, fut celui qui, en introduisant la technique rhétorique à Athènes, créa le discours philosophique. Sur cette histoire, et sur l'origine judiciaire de ce discours, on consultera avec profit O. REBOUL, *Introduction à la rhétorique*, 4^e éd., PUF, 2001, spéc. pp. 13-22.

(2) Contre Parménide, v. ainsi PLATON, *Le Sophiste*, in *Œuvres complètes*, trad. A. Diès, Les Belles Lettres, t. VIII, 3^e part., 1925, 259 a, p. 375, pour qui le non-être participe de l'être : « *L'être et l'autre pénètrent à travers tous et se compénètrent mutuellement. Ainsi l'autre, participant de l'être, du fait de cette participation, est* » ; G. W. F. HEGEL, *Encyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse* [Encyclopédie des sciences philosophiques], 3 éd., 1830, *Wissenschaft der Logik* [Science de la logique], trad. B. Bourgeois, éd. J. Vrin, 1970, sect. II, *La théorie de l'essence*, § 112, p. 372 : « *cette négativité n'est pas extérieure à l'être mais est sa propre dialectique* » ; M. HEIDEGGER, *Was ist Metaphysik ?* [Qu'est-ce la métaphysique ?], 1929, 5^e éd., trad., av.-pr. et annot. H. Corbin, Gallimard, NRF, 1938, p. 35 : « *Le Néant ne survient ni « pour soi », ni à côté de l'existant auquel, pour ainsi dire, il adhère. Le Néant est la condition qui rend possible la révélation de l'existant comme tel pour la réalité-humaine. Le Néant ne forme pas simplement le concept antithétique de l'existant, mais l'essence de l'Être même comporte dès l'origine le Néant. C'est dans l'être de l'existant que se produit le néantir du Néant.* », et p. 40 : « *Le Néant ne reste pas l'opposé indéterminé à l'égard de l'existant, mais il se dévoile comme com-positant l'être de cet existant.* » ; J.-P. SARTRE, *L'Être et le Néant*, Gallimard, 1943, p. 40 : « *C'est la possibilité permanente du non-être, hors de nous et en nous, qui conditionne nos questions sur l'être.* », et p. 80, où il pose à nouveau « *le non-être comme condition de la transcendance vers l'être.* »

Et considérant inversement, que l'idée du néant n'existe elle-même que par négation d'un être préexistant, v. H. BERGSON, *L'évolution créatrice*, F. Alcan, 1907, chap. IV, pp. 298-322, spéc. p. 310 (rééd. PUF, Quadrige, 2003, pp. 275-298, spéc. p. 286), qui souligne qu'« *il y a plus, et non pas moins, dans l'idée d'un objet conçu comme « n'existant pas » que dans l'idée de ce même objet conçu comme « existant », car l'idée de l'objet « n'existant pas » est nécessairement l'idée de l'objet « existant », avec, en plus, la représentation d'une exclusion de cet objet* » ; J.-P. SARTRE, *op. cit.*, p. 46 : « *la négation est refus d'existence. Par elle, un être (ou une manière d'être) est posée puis rejeté au néant.* », et p. 52 : « *Cela signifie que l'être est antérieur au néant et le fonde. Par quoi il faut entendre non seulement que l'être a sur le néant une présence logique mais encore que c'est de l'être que le néant tire concrètement son efficacité. C'est ce que nous exprimions en disant que le néant hante l'être. Cela signifie que l'être n'a nul besoin de néant pour se concevoir et qu'on peut inspecter sa notion exhaustivement sans y trouver la moindre trace du néant. Mais au contraire le néant qui n'est pas ne saurait avoir qu'une existence empruntée : c'est de l'être qu'il prend son être.* »

c'est le fait même de pouvoir le penser comme inexistant qui permet seul d'en reconnaître l'existence : pour concevoir l'être, il faut, en somme, avoir conçu le néant⁽³⁾.

Il n'en va pas autrement en droit, là surtout où toute chose n'est qu'intellectuelle. Pour pouvoir affirmer qu'un contrat existe, puisqu'il s'agit de lui, il faut nécessairement avoir identifié ses conditions d'existence, et postulé au moins implicitement que, sans celles-ci, il ne serait pas. Si l'on ne pouvait dire d'un contrat, comme de tout autre objet juridique, qu'en certaines occasions – et le plus souvent même – il n'existe pas, on ne pourrait soutenir avec certitude qu'il existe en d'autres circonstances⁽⁴⁾. À l'examen d'ailleurs, il tombe sous le sens que toute convention est d'abord inexistante avant que d'apparaître à la vie juridique. Nous nous rencontrons, puis nous contractons : avant cela le contrat est inexistant ; après cela, même anéanti pour quelque autre cause, le contrat aura existé. L'inexistence du contrat précède donc, elle aussi, son existence⁽⁵⁾.

L'inexistence apparaît ainsi comme la forme la plus parfaite du néant⁽⁶⁾ : il n'y a jamais rien eu⁽⁷⁾, ou rien du moins de ce que l'on attendait.

2. L'assimilation historique de l'inexistence à la nullité – Il est à peu près certain qu'aux premiers temps hiératiques du droit, lorsque l'acte juridique naissait quasi magiquement de l'énonciation de formules sacrées ou de l'accomplissement de quelque

(3) Il s'en infère que, si les deux réalités sont matériellement antinomiques, les deux idées sont quant à elles réciproquement consubstantielles l'une de l'autre. C'est précisément sur cette dialectique que s'appuie toute la *Logique* hégélienne : v. G. W. F. HEGEL, *Wissenschaft der Logik* [*Science de la logique*], liv. I, *Die Lehre vom Seyn* [*La théorie de l'être*], 2^e éd., 1832, trad. S. Jankélévitch, éd. Aubier Montaigne, 1947, rééd. 1971, sect. I, chap. I, *Être*, pp. 72-99, qui estime, p. 75, qu'« il n'y a rien dans le ciel et sur la terre qui ne contienne à la fois l'être et le néant. », pour affirmer résolument, p. 98, « l'unité de l'être et du néant ». Et c'est ce même rapport qui sert la démonstration existentialiste : v. not. les développements de SARTRE sur les deux termes du questionnement, ci-dessus, note préc.

Rappr. la dialectique de la vie et de la mort, lesquelles ne se définissent pas l'une sans l'autre, s'opposant aussi bien qu'elles se confondent. V. en particulier *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, par D. Diderot et J. d'Alembert, éd. Briasson et al., Paris, t. XVII, 1765, v^o Vie, que L. DE JAUCOURT définit de la sorte : « c'est l'opposé de la mort, qui est la destruction absolue des organes vitaux » ; X. BICHAT, *Recherches physiologiques sur la vie et la mort*, Brosson et Gabon, Paris, 1800, nouv. éd., 1855, annot. F. Magendie, rééd. J. Vrin, 1981, p. 1, qui commence son ouvrage en posant cette célèbre formule : « On cherche dans des considérations abstraites la définition de la vie ; on la trouvera, je crois, dans cet aperçu général : La vie est l'ensemble des fonctions qui résistent à la mort. » ; C. BERNARD, « Définitions de la vie », *Rev. Deux Mondes*, mai 1875, t. IX, pp. 326-349, qui en vient, p. 344, à affirmer, sans incohérence, le contraire de l'énoncé encyclopédiste : « Si nous voulions exprimer que toutes les fonctions vitales sont la conséquence nécessaire d'une combustion organique, nous répéterions ce que nous avons déjà énoncé : la vie c'est la mort », pour conclure, p. 346 : « Tout le monde s'entend quand on parle de la vie et de la mort. Il serait d'ailleurs impossible de séparer ces deux termes ou ces deux idées corrélatives, car ce qui vit, c'est ce qui mourra, ce qui est mort, c'est ce qui a vécu. », association qu'il reprendra dans ses *Leçons sur les phénomènes de la vie communs aux animaux et aux végétaux*, 1878, rééd. J. Vrin, 1966, préf. G. Canguilhem, estimant, p. 30, que « nous ne distinguons la vie que par la mort et inversement » ; M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit* [*Être et Temps*], 1927, trad. F. Vezin, Gallimard, 1986, rééd. 1999, § 49, p. 300, pour qui : « La mort est, au sens le plus large du mot, un phénomène de la vie. » Et l'on pourrait poursuivre le même raisonnement en démontrant qu'il n'est pas de bien sans mal, de paix sans guerre, de liberté sans contrainte, etc.

(4) C'est bien en ce sens que l'on a pu affirmer que l'inexistence constitue « une réalité intellectuelle » : v. P. HÉBRAUD, obs. sur Trib. civ. Seine, ord. référé, 19 juin 1957, *RTD civ.* 1958, p. 123, qui la juge en outre « incontestable ».

(5) Tandis que la nullité la suit, en ce qu'elle présuppose un contrat existant : v. *infra*, n^o 10.

(6) Néant se trouve en lat. scolast. sous la forme *non ens*, c'est-à-dire littéralement *non-étant*, soit inexistant.

(7) Du lat. *existentia*, dérivé de *ex-sistere*, puis *exister* : sortir, surgir, s'élever de. Est *in-existant* ce qui n'a jamais paru.

autre rite⁽⁸⁾, les actes furent inexistantes avant que d'être nuls. De là ce principe que l'on peut tenir comme l'un des plus anciens qui fût : *Forma dat esse rei*. Il est facile de comprendre en effet qu'un degré supérieur de juridicité nécessitait d'être atteint pour admettre l'exception puis l'action destinées à constater cet état d'inexistence, et que tel fut dès l'origine l'objet de l'action en nullité⁽⁹⁾.

Lorsqu'une autre action fut plus tard instituée, il ne s'est pas agi de subdiviser l'action en nullité préexistante, mais d'en adjoindre une nouvelle, de nature facultative pour le contractant protégé, et répondant à des causes restées jusque-là sans sanction⁽¹⁰⁾. L'idée de

(8) Pour les premiers âges du droit romain, antérieurs à la laïcisation du droit révélée par la loi des XII Tables, v. not. R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts* [L'esprit du droit romain], t. III, 3^e éd., 1875, trad. O. de Meulenaere, éd. A. Marescq, 1887, p. 112 et s., spéc. pp. 134-148 ; P. HUVELIN, « Les tablettes magiques et le droit romain », *Annales internationales d'histoire – Congrès de Paris 1900*, 2^e sect., A. Colin, 1902, pp. 15-81, puis « Magie et droit individuel », *L'Année sociologique* 1905-1906, pp. 1-47, spéc. pp. 25-42, où l'étude s'élargit à d'autres droits anciens ; G. GURVITCH, « La magie et le droit », in *Essais de sociologie*, Sirey, 1938, rééd. Dalloz, 2003, *passim*, et la préface de F. TERRÉ ; H. LÉVY-BRUHL, *Nouvelles études sur le très ancien droit romain*, Sirey, 1947, pp. 6-10 et 99-104 ; J. ELLUL, *Histoire des institutions*, t. I, *L'Antiquité*, 8^e éd., PUF, 1992, rééd. Quadrige, 1999, pp. 234-240 ; A. MAGDELAIN, « Le *ius* archaïque », *MEFRA* 1986, 1, pp. 265-358, spéc. pp. 280-319 ; M. HUMBERT, « Droit et religion dans la Rome antique », *Arch. phil. dr.*, t. 38, *Droit et religion*, 1993, pp. 35-47, spéc. pp. 39-42. Plus réservé cep., v. J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, 2^e éd., Montchrestien, 2000, pp. 254 et 264, et « Naissance d'une notion juridique – Les débuts de l'obligation » dans le droit de la Rome antique », *Arch. phil. dr.*, t. 44, *L'obligation*, 2000, pp. 19-32, spéc. pp. 27-28, qui n'y a jamais vu qu'une pure conjecture, même probable.

Pour les autres droits anciens, malgré un consensualisme parfois plus précoce, v. E. CASSIN, « Symboles de cession immobilière dans l'ancien droit mésopotamien », *L'Année sociologique* 1952, PUF, 1955, pp. 107-161 ; E. REVILLOUT, *Les obligations en droit égyptien comparé aux autres droits de l'Antiquité*, E. Leroux, 1886, pp. 34-38 et 275-327, puis *Précis du droit égyptien comparé aux autres droits de l'Antiquité*, Giard et Brière, t. II, 1903, pp. 1209-1217 ; L. GERNET, « Hypothèses sur le contrat primitif en Grèce », *Rev. études gr.* 1917, pp. 249-293 et 363-383, spéc. p. 365 et s., puis « Droit et prédroit en Grèce ancienne », *L'Année sociologique* 1948-1949, PUF, 1951, pp. 21-119, spéc. pp. 21-69 et 104-119 ; jusqu'au puissant symbolisme des droits germaniques primitifs, sur lequel v. M. THÉVENIN, « Contributions à l'histoire du droit germanique », *RHD* 1880, pp. 447-461, « Du rôle de la forme dans les contrats » ; A. ESMEIN, *Études sur les contrats dans le très-ancien droit français*, Larose & Forcel, 1883, pp. 6-9 et 69-70 ; G. LEPOINTE et R. MONIER, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Sirey, 1954, pp. 453-455.

(9) En ce sens, v. par ex. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, th. Dijon, 1909, A. Rousseau, p. 52 : « aussi loin que l'histoire ait pu remonter pour nous fournir des données ou des conjectures sérieuses, on voit la notion de l'inefficacité, comme celle de l'acte juridique efficace, naître et se préciser pour ainsi dire dans le formalisme et par le formalisme. La notion de l'inefficacité qui de cette manière apparaît au début de l'histoire est singulièrement proche de celle que les auteurs modernes ont caractérisée par le terme d'inexistence. », et p. 53 : « Ainsi la sanction de nullité fait son apparition dans le domaine du Droit sous sa forme la plus stricte et la plus rigide. C'est cette conception rigoureuse et absolue qui naturellement devait se faire jour la première : il y un acte ou il n'y en a pas », l'auteur distinguant bien par ailleurs les notions d'inexistence et de nullité de plein droit (v. not. pp. 667-669 et 721-722). Plus concis, mais tout aussi nets, v. égal. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 9^e éd., LGDJ, t. I, 1922, n° 328, p. 133, qui rappelle que « dans les premiers temps du droit romain : l'acte nul n'existait pas au point de vue de la loi, il n'avait ni existence, ni effet juridique ; il n'y avait rien. » ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 8^e éd., Dalloz, t. I, 1934, n° 65, p. 78 : « les textes romains ne font pas de différence entre l'inexistence et la nullité absolue. »

(10) Les préteurs romains instituèrent cette *actio in integrum restitutio*, de même qu'une exception opposable à la demande d'exécution, aux cas notamment de violence, de dol ou de lésion du vendeur et de l'impubère. La plupart de ces causes de restitution passèrent dans les anciennes coutumes de France puis, une fois redécouvertes en tant que nullités de droit romain, furent toutes soumises à l'impétration de lettres de rescision délivrées par le pouvoir royal, seul à même d'autoriser ses sujets à exciper d'un droit étranger pour se pourvoir en sa justice. La pratique fut définitivement entérinée par une ordonnance de Louis XII de juin 1510 (art. 46), et il fallut attendre la fin de l'Ancien Régime pour qu'on l'abolisse finalement (loi du 7 sept. 1790, art. 20 et 21), une fois que, la source romaine tarie, ces causes de nullité furent reconnues de droit français au même titre que toutes autres. De cette histoire, il est cependant resté que les nullités relatives ne peuvent être invoquées que par le seul contractant lésé, en observance de délais de prescription propres, et que le contrat demeure objectivement valable à défaut d'exercice de ce droit de critique.

rescision, ou de nullité de droit⁽¹¹⁾, trouva ainsi à s'opposer à celle d'inexistence, que l'on désigna alors préférablement, par esprit de système, sous le terme de nullité de plein droit⁽¹²⁾. Assez tôt, le fondement de cette opposition se découvrit dans la nature de l'intérêt protégé⁽¹³⁾. Mais l'effort intellectuel que l'on produisit pour affirmer cette distinction nouvelle et construire la théorie des nullités détourna de celui que l'on aurait pu fournir à

(11) Sur la signification respective des expressions *de droit* et *de plein droit*, v. *infra*, n° 13, spéc. note 237.

(12) V. par ex. J.-B. DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, 7^e éd., V^o Desaint, t. III, 1771, v^o Nul, Nullité, n° 5, p. 469 : « Les nullités de la seconde espèce, & qu'on nomme nullités de droit, sont celles qui, suivant notre usage, ne rendent pas les actes & les contrats nuls de plein droit, mais qui donnent seulement ouverture à les faire casser & rescinder par le moyen de la restitution en entier, en obtenant des lettres de rescision » Cette terminologie se rencontre encore parfois en droit positif. V. ainsi 3^e civ., 3 mars 2004, *Bull.*, III, n° 49, qui juge que « la convocation d'une assemblée générale par un syndic dont le mandat est expiré, [a] pour seul effet de rendre cette assemblée annulable sans la frapper de nullité de plein droit ». On parle plus souvent aujourd'hui, quoique moins précisément, de nullité absolue et de nullité relative, expressions que l'on trouvait déjà dans les plaidoyers du Chancelier D'AGUESSEAU. V. en ce sens J. PORTALIS, discussion en Conseil d'État, séance du 4 vend. an X (in P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. IX, p. 52, art. 184, et J.-G. Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. IV, p. 374, n° 6), à propos des nullités du mariage : « tout ce qui est conforme à la nature des choses et à l'ordre public de saurait être barbare. Ces expressions, nullités absolues, nullités relatives, sont des termes techniques et simples, qui rendent des idées composées, et qui, sous ce rapport, doivent être conservés dans le langage des lois. M. d'Aguesseau distingue, dans tous ses plaidoyers, les nullités absolues des nullités relatives ; et il tenait à cette distinction, parce qu'il tenait à la paix des familles ».

(13) V. déjà A. ALCIATI, *Paradoxorum ad Pratum*, I. Giunta, Lyon, 1529, lib. III, cap. IV, § 5 ; B. d'ARGENTRÉ, *Costumes générales du pays et duché de Bretagne*, J. Du Puys, Paris, 1584, art. 283, gl. 1, § 9 et s., col. 1368 ; G. COQUILLE, *Les coutumes du Pays et Duché de Nivernois*, Abel L'Angelier, Paris, 1605, chap. XXIII, art. I, p. 511 ; F. DUNOD DE CHARNAGE, *Traité des prescriptions*, 1^{re} éd., Briasson, Paris, 1730, 1^{re} part., chap. VIII, pp. 47-48, et chap. XII, pp. 78-79 ; J. BOUHIER, *Les coutumes du duché de Bourgogne*, Augé, Dijon, 1742, chap. XIX, n° 12, p. 333 : « Nos auteurs distinguent deux sortes de nullitez. Les unes ont pour principe l'intérêt public, soit que l'Acte soit contre les bonnes mœurs, ou qu'il ait mérité d'être prohibé par quelqu'autre considération politique. [...] De telles nullitez sont appellées absolues, en ce qu'elles peuvent être opposées par toutes sortes de personnes, & qu'elles anéantissent l'Acte essentiellement, & radicalement, en sorte qu'on le regarde comme non fait, & non avenue [...] – Les autres nullitez sont celles, qui ont été introduites en faveur de certaines personnes [...] Comme ces nullitez ne regardent que l'intérêt des particuliers, elles sont appellées respectives, ou selon d'autres, causatives, parce qu'elles ne peuvent être opposées que par ceux, au profit de qui elles ont été établies. » ; R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, J. Debure, Paris, et V^o Rouzeau-Montaut, Orléans, 1772, nos 13 et 14, t. I, pp. 15-17, in *Œuvres de Pothier*, par J. Bugnet, t. III, Paris, 1847, pp. 7-9. Et le même principe de distinction se trouve encore chez DEMOLOMBE (*Cours de Code Napoléon*, t. III, *Traité du mariage et de la séparation de corps*, 6^e éd., A. Durand et al., t. I, 1880, n° 243, p. 384), c'est-à-dire celui-là même toujours cité comme étant à l'origine d'une pseudo théorie organiciste, dite « classique », des nullités. On aurait donc intérêt à cesser d'enseigner, ainsi qu'on le fait depuis Eugène GAUDEMET et René JAPIOT, que la théorie des nullités s'articulerait historiquement entre une période classique qui aurait couru jusqu'à eux et qui aurait expliqué la *summa divisio* de la matière par une improbable analogie faite avec l'état d'un enfant mort-né ou né simplement malade, et une période ultérieure, dite moderne, qui la fonderait à leur suite sur l'intérêt protégé par la règle édictant la nullité. DEMOLOMBE, ainsi désigné par JAPIOT, ne faisait qu'user d'une image banale à une époque de révolution médicale (v. en particulier le célèbre article de Rémy DE GOURMONT, « Le Joujou patriotisme », *Mercur de France*, mars 1891, reprod. in *Le Joujou patriotisme et autres textes*, Belle Page, 1927, puis Mille et une nuits, 2001, qui fit scandale en comparant la France et l'Allemagne aux deux lobes d'un même cerveau européen). Il ne s'est jamais agi que d'illustrer par là la distinction et aucunement de fonder la théorie sur elle. S'il est donc un fondement classique, c'est bien celui de l'intérêt protégé, et s'il doit y avoir une modernité, elle consisterait plutôt, devant l'imprécision et l'insuffisance de ce premier critère (sur quoi v. par ex. J. CHEVALLIER, « Rapport général », in *Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, Trav. Assoc. H. Capitant, Turin, 4-7 juin 1962, t. XIV, Dalloz, 1965, pp. 513-520, spéc. p. 515), à lui substituer, à présent que s'est élaborée la théorie des vices du consentement, le critère pris de l'objet vicié selon qu'il est question du contrat constitué ou du consentement constitutif (v. *infra*, n° 10, *in fine*). Si la thèse de JAPIOT (*op. cit.*, *supra*, note 9) marque par ailleurs une rupture, ce n'est pas sur le fondement mais sur la nature de la nullité, l'auteur proposant d'y voir un droit de critique plutôt qu'un vice du contrat, ainsi que sur le caractère bipartite de la théorie, tirant de cette requalification l'argument pour en atomiser le régime en une dizaine d'actions différentes (*op. cit.*, pp. 536-634). Or, ce tournant-là n'a jamais été pris par le droit.

la même époque, si l'on y avait vu un intérêt, pour sortir l'inexistence de l'ombre jetée par la nullité.

C'est de cette façon que jusqu'au XIX^e siècle⁽¹⁴⁾, l'idée d'inexistence fut entièrement confondue à celle de nullité absolue⁽¹⁵⁾, et que cette confusion se laisse voir encore parfois jusque dans le droit positif⁽¹⁶⁾. C'est toujours elle qui se manifeste en effet à travers le remploi d'expressions archaïques désignant le contrat comme « *nul et non venu* »⁽¹⁷⁾, lorsque

(14) V. toutefois P.-T. DURAND DE MAILLANE, *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale*, J.-B. Bauche, Paris, 1761, t. II, p. 325, qui proposait déjà de distinguer nullités relatives, absolues et radicales, ces dernières naissant d'un vice essentiel tel que le défaut de pouvoir.

(15) V. par ex. J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Coignard, Paris, 1689-1697, nouv. éd., Le Clerc, Paris, 1777, 1^{re} part., liv. I^{er}, tit. I, sect. V, § I, p. 30 : « Les conventions nulles sont celles qui, manquant de quelque caractère essentiel, n'ont pas la nature d'une convention » ; R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de mariage*, J. Debure, Paris, et V^{re} Rouzeau-Montaut, Orléans, 1772, n° 3, t. I, p. 4, in *Œuvres de Pothier*, par J. Bugnet, t. VI, Paris, 1846, p. 2 : « un mariage, où l'on n'aurait pas observé quelqu'une des formalités que les lois requièrent pour sa validité, ou qui aurait été contracté entre des personnes que les lois rendent inhabiles, n'est pas un véritable mariage » ; G.-J. FAVART, rapp. Trib., 13 pluv. an XII (in P. A. Fenet, *op. cit.* (supra, note 12), t. XIII, p. 319, art. 1131 à 1133, et J.-G. Locré, *op. cit.* (supra, *ibid.*), t. XII, pp. 429-430, n° 27) : « Ainsi il faut bien se pénétrer du principe adopté par le projet : il divise les engagements d'une manière à écarter toute difficulté dans l'application ; il n'en distingue que de deux sortes ; savoir : les engagements auxquels la loi refuse toute existence qui puisse produire un effet, et ceux qui sont seulement susceptibles d'être rescindés. » ; A.-P. JAUBERT, rapp. Trib., 14 pluv. an XII (in P. A. Fenet, *op. cit.*, t. XIII, pp. 393-394, art. 1338, et J.-G. Locré, *op. cit.*, t. XII, pp. 523-524, n° 24) : « il fallait dissenter sur les nullités, distinguer ce qui était nul radicalement, ou ce qui était simplement nul ; ce qui était nul absolument ou ce qui ne l'était que relativement [...] — Une idée vraie et simple, c'est qu'on ne peut confirmer que ce qui a réellement existé, quoique manquant de force par quelque vice. — De là il résulte : 1°. Qu'on ne peut en aucune manière confirmer ni ratifier de prétendues conventions dont la loi n'a jamais reconnu l'existence [...] — La loi a déclaré qu'il ne pouvait y avoir de convention sans objet ou sans cause licite. — Dans ce cas il ne peut donc y avoir lieu à ratification. », et Th.-L. MOURICAULT, discours Corps lég., 17 pluv. an XII (in P. A. Fenet, *op. cit.*, t. XIII, pp. 444-445, art. 1338, et J.-G. Locré, *op. cit.*, t. XII, p. 585-586, n° 52) : « A l'égard de la confirmation ou ratification, elle ne peut jamais valider les conventions dont la loi ne reconnaît pas l'existence, et qui, en conséquence, ne lient personne : telles sont (ainsi qu'il est aisé de le conclure des diverses dispositions combinées du projet) les conventions qui ont pour objet une chose mise hors du commerce ; celles qui n'ont point de cause, ou qui n'en ont qu'une fausse, ou qui n'en ont qu'une illicite. » Si bien que lorsque le Premier consul imposa aux juristes alentour de distinguer, au cours de la discussion en Conseil d'État de l'article 4 du chapitre IV du titre *Du Mariage*, devenu l'article 146 du Code, « les cas où il n'y a pas de mariage et les cas où le mariage peut être cassé. » (séance du 26 fruct. an IX, in P. A. Fenet, *op. cit.*, t. IX, p. 16, et J.-G. Locré, *op. cit.*, t. IV, p. 327, n° 17), il n'était aucune raison pour eux de considérer qu'il fit autre chose que de procéder intuitivement à la division bipartite que connaissait la théorie déjà classique des nullités. De ces travaux préparatoires, il résulte donc que, contrairement à ce que l'on a voulu leur faire dire, on ne peut déduire de la lettre des articles 146, 1587 et 1592 du Code civil la volonté des rédacteurs de consacrer une théorie de l'inexistence distincte de la nullité de plein droit. Comp. ainsi les termes de l'article 1592 avec le rapport de FAURE au Tribunat, 12 vent. an XII (in P. A. Fenet, *op. cit.*, t. XIV, p. 158, et J.-G. Locré, *op. cit.*, t. XIV, p. 198, n° 23) : « Le prix de la vente doit être certain ; il est déterminé par les contractans. Les parties, au lieu d'en convenir elles-mêmes, peuvent, à la vérité, convenir qu'un tiers l'arbitrera ; mais il est nécessaire que ce tiers soit bien indiqué, et qu'il fasse l'arbitrage. S'il refuse de la faire, ou s'il meurt avant de l'avoir fait, la vente est nulle, à moins que les parties ne s'accordent sur une autre personne. » Ajoutons que c'est précisément parce que la nullité absolue se qualifiait encore d'inexistence que les exégètes eux-mêmes purent la soustraire à la lettre, pourtant générale, de l'article 1304 du Code civil pour lui appliquer le délai de prescription de droit commun posé à l'article 2262.

(16) Pour la persistance de l'assimilation de l'inexistence à la nullité absolue, v. par ex. 1^{re} civ., 20 oct. 1981, *Bull.*, I, n° 301 (*D.* 1983, p. 73, note. Ch. Larroumet ; *RTD civ.* 1983, p. 171, obs. J. Patarin), qui décide que « l'action en nullité » d'une vente dépourvue de prix sérieux n'étant pas prescrite, la cour d'appel avait « souverainement estimé que [...] l'acte était inexistant » ; 1^{re} civ., 12 déc. 1984, pourvoi n° 83-13350, *Olagnon c. Soc. Engelbel Siemephone*, jugeant qu'une cession convenue pour un prix de zéro franc ne peut être « considérée comme inexistante en raison d'une nullité absolue » dès lors que le cessionnaire se chargeait du passif ; ou encore 8 déc. 1998, *Bull.*, I, n° 353, qui rejette le pourvoi pour cette raison que « la cour d'appel ayant décidé que la vente était nulle pour défaut de prix sérieux, cet acte n'a plus d'existence ».

(17) L'expression, faussement tautologique, avait à l'origine pour unique objet de distinguer la nullité absolue de la nullité relative, à une époque où la terminologie était encore mal fixée. V. par ex. J. BOUHIER, *loc. cit.* (supra, note 13), qui note que les nullités absolues « peuvent être opposées par toutes sortes de personnes, et qu'elles

l'on parle d'« *inexistence légale* » ou « *juridique* »⁽¹⁸⁾ au lieu de nullité⁽¹⁹⁾, ou lorsque l'on

anéantissent l'Acte essentiellement, & radicalement, en sorte qu'on le regarde comme non fait, & non avenu ». Elle est restée pourtant constamment utilisée depuis lors. On la trouve en particulier dans toutes les décisions du Conseil d'État prononçant la nullité d'un acte administratif. C'est également le sens que lui donne l'article L. 523-15 du Code de commerce en déclarant que « *Sont considérées comme nulles et non avenues toutes conventions contraires aux dispositions du présent chapitre* », relatif au warrant hôtelier. Mais lorsqu'on la relève dans les textes de procédure, la même expression ne paraît plus désigner qu'une simple caducité des jugements concernés. V. ainsi C. proc. civ., art. 1419, à propos de l'injonction de payer suivie d'une absence des deux parties à l'audience ; ou encore C. pén., art. 132-35, 132-39 et 132-52, lesquels réputant la condamnation « *non avenue* » ne font en réalité que la priver d'exécution, sans même en écarter tous ses effets puisqu'elle sert encore comme premier terme de la qualification de récidive (avis C. cass., 26 janv. 2009).

(18) Comp. cep. pour le droit administratif, où cette expression viserait une inexistence véritable, *infra*, n° 6, spéc. note 110.

(19) V. déjà J.-B. PERRIN, *Traité des nullités de droit en matière civile*, G. Neveu, Lons-le-Saulnier, 1816, p. 37 : « *La nullité d'un acte est la non existence de cet acte aux yeux de la loi* » ; V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 5e éd., Cotillon, t. IV, 1854, n° 871, pp. 651-652 : « *Nous avons déjà dit qu'il faut avoir grand soin de distinguer l'acte rigoureusement nul, c'est-à-dire sans existence légale, de l'acte nul dans le sens impropre de ce mot, c'est-à-dire soumis à une cause qui peut le faire annuler ; en d'autres termes, l'acte nul, de l'acte annulable. Or, c'est seulement des obligations annulables, et non des obligations proprement nulles et inexistantes, que s'occupe notre section* » ; A.-M. DEMANTE, *Programme du Cours de droit civil français fait à la Faculté de droit de Paris*, A. Gobelet, t. II, 1831, n° 774, p. 360, puis *Cours analytique de Code civil*, 2e éd., par E. Colmet de Santerre, Plon, t. V, 1883, n° 262, p. 477 : « *L'acte nul est un simple fait qui n'a point d'existence légale* » ; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, 3e éd., A. Marescq aîné, Paris, 1878, t. I, n° 71, p. 106 : « *Ce mot [nul] a donc deux significations : d'ordinaire il indique un acte annulable, et parfois un acte qui n'a pas d'existence juridique. Il y a des auteurs qui appellent ce dernier non existant ou inexistant ; le terme est plus expressif, mais il n'est pas français* » ; R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté – Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, F. Pichon, 1901, art. 125, n° 3, p. 79 : « *Dans tous les cas, lorsque la loi impose une solennité de ce genre, il va de soi qu'elle n'a pas en vue seulement la preuve de l'acte, mais son existence juridique. Si donc la forme fait défaut, l'acte est nul* » ; et encore G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil – Les obligations*, 2e éd., t. II, Le régime, collab. Ph. Jestaz, Sirey, 1989, n° 191, p. 174 : « *L'obligation nulle n'a pas d'existence juridique* ». AUBRY et RAU eux-mêmes n'échappent pas à cette tendance. V. ainsi *Cours de droit civil*, 4e éd., Marchal et Billard, Paris, t. IV, 1871, § 344, p. 319-320 : « *Les faits contraires à la loi, à l'ordre public, ou aux bonnes mœurs, ne peuvent former l'objet d'une convention ayant une existence légale. C'est ainsi qu'on doit considérer comme non existant aux yeux de la loi, les traités ayant pour objet une entreprise de succès dramatiques, et les conventions de société formées pour l'exploitation d'une maison de jeu, ou pour des opérations de contrebande à l'intérieur.* » L'expression est là encore récurrente en jurisprudence, où l'on observe qu'elle s'emploie plus particulièrement lorsque les juges entendent condamner de la façon la plus ferme les actes soumis à leur examen. V. not. les nombreuses décisions relatives aux pactes sur succession future, dont Req., 19 févr. 1929, DH 1929, p. 162 : « *Attendu que cette convention [...] était nulle de plein droit et par suite dépourvue de toute existence légale* ». Et au sujet de la pratique qui consistait pour les pères à conclure le contrat de mariage au nom de leur fille : Req., 6 avril 1858, DP 1858, I, p. 224 ; S. 1959, I, col. 17, qui relève que « *le contrat de mariage de la fille Vaysse a été passé en l'absence de celle-ci et seulement en présence de son père qui s'est porté fort pour elle ; que cette absence de la future épouse [...] constitue une nullité radicale et d'ordre public qui enlève au prétendu contrat de mariage son existence légale* » ; puis Civ., 6 nov. 1895, S. 1896, I, p. 5, note Ch. Lyon-Caen ; DP 1897, I, p. 25, en même sens ; et encore Trib. civ. Yvetot, 23 mars 1952, D. 1952, p. 503 : « *Attendu qu'il est de doctrine et de jurisprudence constante que le contrat de mariage rédigé en l'absence de l'un des futurs époux, ou passé par un incapable, est entaché d'une nullité absolue et d'ordre public ; que comme conséquence de son annulation, le contrat de mariage est réputé n'avoir jamais existé ; que les époux se trouvent dans la même situation que s'ils s'étaient mariés sans contrat [...]* ; que, par voie de conséquence nécessaire, les donations renfermées dans le contrat de mariage inexistant sont inexistantes ». V. égal. Civ., 16 nov. 1932 (DH 1933, p. 4 ; S. 1934, I, p. 1, note P. Esmein), qui constate l'inexistence légale d'une vente atteinte de nullité absolue pour défaut de prix sérieux ; Civ., 4 août 1952, Bull., I, n° 260, jugeant l'« *acte dépourvu d'existence légale et frappé de nullité absolue* », pour la même cause ; Civ., 1^{re} sect., 17 déc. 1959, Bull., I, n° 546 ; D. 1960, p. 294, qui en fait son principe liminaire : « *Attendu que la vente nulle pour défaut de prix, acte dépourvu d'existence légale, n'est susceptible ni de confirmation ni de ratification* » ; Crim., 13 nov. 1968, Bull., n° 294, qui estime que la cour d'appel n'était pas « *dans la nécessité de prononcer elle-même la nullité d'une pièce, dont l'inexistence légale avait déjà été affirmée par la Cour de cassation* » ; Com., 30 nov. 1983, Bull., IV, n° 333 (Gaz. Pal. 1984, II, p. 675, note J. Calvo), qui se fend de ce principe : « *vu les articles 1129 et 1338 du Code civil, attendu que la vente nulle pour défaut de prix, acte dépourvu d'existence légale, n'est susceptible ni de confirmation, ni de ratification* » ; 28 avril 1987, pourvoi n° 86-16084 (RTD civ. 1987, p. 746, obs. J. Mestre), qui, visant l'article 1304, alinéa 1^{er}, du Code civil, proclame à son tour : « *Attendu que les actes dont la nullité est absolue étant dépourvus d'existence légale ne sont susceptibles ni de prescription ni de confirmation* ». On la trouve encore dans la (suite p. suiv.)

affirme que « *ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé* »⁽²⁰⁾. Car ce qui est nul n'est pas précisément non avenu : il est bien censé y avoir eu un contrat, même en droit, mais simplement privé de ses effets. Pour la même raison, il faudrait tout autant se déprendre de l'habitude de « *réputer non écrites* » des clauses dont on ne fait que constater la nullité, cette autre sanction suffisant à justifier la suppression sans qu'il soit besoin de feindre l'inexistence⁽²¹⁾.

jurisprudence du Conseil d'État et dans celle de la Cour de justice de l'Union européenne (v. *infra*, n° 6, *in medio* et note 132). Dans le meilleur des cas, cette sanction d'inexistence légale ou juridique s'oppose chez certains auteurs à celle d'inexistence naturelle ou matérielle, ou encore factuelle, de façon à distinguer alors la nullité absolue de l'inexistence véritable. V. not. en ce sens A. TISSIER, note sous Req., 30 déc. 1902, *S.* 1903, I, p. 259, § 3, *in fine*, qui suggère de limiter la théorie de l'inexistence aux seuls cas d'inexistence de fait. Rapp. C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, A. Rousseau, 1900, XLVII^e leçon, p. 649 : « *Il peut se faire d'ailleurs qu'il n'y ait même pas de contrat existant en fait, et alors il n'y a pas à demander la nullité ; on n'a pas à faire proclamer l'annulation de ce qui n'existe pas en fait. Si, au contraire, les éléments de fait nécessaires à la formation du contrat se trouvent réunis, le contrat a une existence de fait, mais il sera inexistant en droit* ». Mais même alors, la distinction n'est pas exempte de critique. V. ainsi G. COHENDY, « Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et les nullités d'ordre public », *RTD civ.* 1914, pp. 33-68, spéc. p. 38 : « *Les auteurs voudraient-ils insister, disant que l'inexistence est légale ? Mais son origine, sa raison d'être indiquent suffisamment qu'elle ne peut être que naturelle : toute inexistence artificielle verse dans la catégorie des nullités* » ; J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, th. Paris, 1969, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 117, 1971, n° 73, p. 109 : « *Il est bien évident qu'en passant de l'inexistence naturelle et absolument nécessaire à des cas d'inexistence légale sans rapport avec l'idée d'origine on s'engageait dans une voie sans issue* » ; L. MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, th. Paris I, 2007, IRJS, Inst. A. Tunc, t. 20, 2009, n° 306, p. 337 : « *À partir du moment où l'acte existe matériellement, il existe également juridiquement, et ce, quelle que soit la gravité du vice qui l'entache* » ; puis n° 317, p. 349 : « *L'inexistence, en droit, ne peut désigner que l'absence d'intégration d'un objet matériel dans une catégorie juridique ; ce ne peut être qu'une inexistence au sens figuré, une inexistence juridique. L'inexistence dite « matérielle » ne peut donc désigner au mieux qu'une catégorie des cas dans lesquels il est envisageable de constater une inexistence juridique* ».

(20) V. déjà Ch. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 5^e éd., J. Renouard et al., t. VII, 1830, n° 518, p. 614 : « *Tout acte qui ne contient pas les formalités indispensables pour remplir le but de son institution, le but que la loi s'est proposé, est imparfait et nul, il doit être considéré comme s'il n'avait pas existé* » ; puis t. VIII, n° 321, pp. 475-476 : « *Nul signifie proprement ce qui n'existe pas* » ; F. MOURLON, *Répétitions écrites sur le Code civil*, 7^e éd., t. II, 1866, n° 1481, p. 833 : « *Nullité est le mot dont on se sert pour exprimer l'inexistence d'un contrat qui a paru se former, mais qui, en réalité, n'existe point* ». Et encore H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations*, 9^e éd., par F. Chabas, Montchrestien, 1998, n° 295-2, p. 299 : « *ce qui va être opposable à tous est, dans un cas, que l'acte (annulé) n'a pas d'existence* » ; Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. III, *Les obligations – Le contrat*, 1^{re} part., *Conditions de formation*, 6^e éd., Economica, 2007, n° 532, p. 541 : « *Ce qui n'est pas valable est inexistant* », puis « *ce qui est nul est considéré comme n'ayant jamais existé* ». La jurisprudence est à peu près aussi explicite. V. ainsi CA Toulouse, 21 janv. 1885, *DP* 1886, II, p. 73, note E. Glasson : « *la nullité résultant du défaut de consentement ne doit par être confondue avec le vice du consentement ; dans le premier cas, le contrat est nul de plein droit, réputé inexistant, tandis que, dans le second, il est seulement annulable* » ; Soc., 7 nov. 1995, *Bull.*, V, n° 292 : « *un contrat atteint de nullité étant réputé n'avoir jamais eu d'existence, les choses doivent [...] être remises dans l'état dans lequel elles se trouvaient avant cette exécution* » ; 1^{re} civ., 15 mai 2001, *Bull.*, I, n° 133 (*D.* 2001, SC, p. 3086, obs. J. Penneau), qui en vient à viser « *le principe selon lequel ce qui est nul est réputé n'avoir jamais existé* » pour exercer sa censure. Jusqu'à sa consécration en toutes lettres dans l'Avant-projet de réforme du droit des obligations, dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, art. 1130-3, al. 1^{er} : « *La convention nulle est censée n'avoir jamais existé* ». Le droit allemand échappe pour sa part à cet autre travers. V. sur ce point C. WITZ, *Droit privé allemand – 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec, 1992, n° 403, p. 319 : « *Il n'en demeure pas moins que l'acte juridique frappé de nullité a vu le jour. La nullité ne signifie pas que cet acte est un « nullum », un acte inexistant* » ; S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, th. Paris II, 2004, Economica, Rech. jur., vol. 13, 2006, n° 139, p. 79 : « *Les auteurs allemands s'emploient d'ailleurs à souligner que l'acte nul de plein droit n'est pas un néant juridique ; il est un acte auquel le droit positif refuse de reconnaître force obligatoire* ».

(21) Si la lettre de l'article 900 du Code civil s'expliquait encore par l'époque dans laquelle elle s'est inscrite, il est plus problématique de la retrouver à l'article 1244-3 du même Code (rédict. L. 91-650 du 9 juill. 1991), ou de lire encore entre autres exemples à l'article 1446 du Code de procédure civile que « *Lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite* » (décr. 81-500 du 12 mai 1981). On peut difficilement, dans ces conditions, reprocher à la Cour de cassation de juger « *qu'une clause réputée non écrite [est] censée n'avoir jamais existé* » : 3^e civ., 9 mars 1988, *Bull.*, III, n° 54 ; *D.* 1989, p. 143, note Ch. Atias ; *JCP* 1989, II, 21248, note G. V. (suite p. suiv.)

La pesanteur de cet amalgame historique accablait durablement les tentatives autonomistes qui devaient poindre dès les premiers commentaires du Code civil⁽²²⁾.

3. Une notion mal née – Probablement inspirés par une rapide et incertaine allusion de ZACHARIÄ⁽²³⁾, AUBRY et RAU élaborèrent les premiers la théorie de l'inexistence⁽²⁴⁾. Envisagée d'abord dans l'étude générale des actes juridiques, l'inexistence pouvait encore n'y valoir classiquement que par assimilation à la nullité de plein droit⁽²⁵⁾. Mais au chapitre du mariage, la notion accède nettement, et pour la première fois, à son autonomie. Pourtant, les raisons qui la firent naître précipitèrent aussi son déclin. D'emblée en effet, la théorie fut affligée d'une logique fonctionnelle : outrepasser les limites de la nullité de plein droit, dans ses causes comme dans son régime⁽²⁶⁾.

4. L'inexistence outre la nullité textuelle – Comme toujours, la théorie ne fut appelée que pour répondre à un besoin : on le trouva dans le principe *Pas de nullité sans texte*. Il assez symptomatique à cet égard que la théorie de l'inexistence soit née là où l'on crut voir régner ce principe, de façon à admettre encore la nullité dans le silence de la loi⁽²⁷⁾.

Sur la notion, v. récemment S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, préc. (*supra*, note préc.). Et sur son rapport avec l'inexistence, v. *infra*, n° 143, *in medio*, spéc. note 289.

(22) Pour n'évoquer que les thèses de doctorat, il faudra attendre le début du XX^e siècle pour que l'inexistence y soit visée en tant que concept propre. Comp. ainsi Ph. BOURGEON, *Distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques*, th. Dijon, 1885 ; E. HARTEMANN, *Étude sur la distinction des actes inexistantes et des actes annulables*, th. Nancy, 1889 ; J. PIZE, *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, th. Lyon, 1897, qui, tous occupés à un examen historique de la notion, n'évoquent jamais derrière le mot que la nullité de plein droit. La première étude à traiter finalement du sujet en propre est celle de Jules LOYER, *Les actes inexistantes*, th. Rennes, 1908, et il faudra attendre presque aussi longtemps pour qu'une nouvelle et ultime thèse s'y consacre à son tour : v. G. TAORMINA, *Contribution à l'étude de l'apparence et de l'inexistence en matière contractuelle*, th. Paris XII, 1991. Deux thèses en deux siècles : voici donc, en tout et pour tout, à quoi se résume, en droit privé, la contribution doctorale à la théorie de l'inexistence.

(23) K. S. ZACHARIÄ, *Handbuch des französischen Civilrechts*, E. Mohr, Heidelberg, 1808, 4^e éd., 1837, t. III, § 451, p. 13 (trad., rev. et augm. par Ch. Aubry et Ch. Rau, *Cours de droit civil français*, F. Lagier, Strasbourg, 1839). Comp. 5^e éd., par A. Anschütz, Heidelberg, 1853, trad., annot. et rétabli suivant l'ordre du Code par G. Massé et Ch. Vergé, *Le Droit civil français par K.-S. Zachariae*, A. Durand, Paris, t. I, 1854, § 108, p. 166, note 3.

(24) Même si l'idée était dans l'air : v. ainsi la plaidoirie de l'avocat HENNEQUIN exposée au cours de l'affaire *Martin c. Juliot* qui provoquera le premier des arrêts que la Cour de cassation eut à rendre sur la question du caractère littéral des nullités du mariage (v. *infra*, note 35), citée par Ph.-A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e éd., Garnier & Roret, t. X, 1827, v° Mariage, Sect. VI, § II, art. 184, quest. 6, p. 689 : « l'art. 25 [du Code civil] n'établit pas une nullité de Mariage, mais il s'oppose à ce qu'il puisse se former un Mariage, même apparent, avec l'individu frappé de mort civile. Ainsi, dans l'hypothèse de cet article, il n'y a pas de Mariage à faire annuler, puisqu'il n'y a pas de lien, pas de contrat, rien enfin qui puisse devenir l'objet d'une action en nullité. Il ne s'agit que de rapporter la condamnation pour constater que le Mariage n'a jamais existé ».

(25) Ch. AUBRY et Ch. RAU, *op. cit.* (*supra*, note 23), t. I, § 37, pp. 66-67, et t. II, *passim*, not. § 306, p. 312. Adde, à leur suite, G. MASSÉ et Ch. VERGÉ, *op. cit.* (*ibid.*), t. I, § 35, p. 45, et t. III, § 579, pp. 469-470, puis § 613, p. 552, et note 1. La plupart de ces développements sont absents du manuel de ZACHARIÄ.

(26) Sur ce constat, v. par ex. G. TAORMINA, *op. cit.* (*supra*, note 22), qui introduit ainsi son sujet : « La théorie de l'inexistence édifiée au XIX^e siècle à partir du postulat tiré de la maxime « pas de nullité sans texte », doit finalement sa faillite à une cause unique et générale que l'on peut ainsi résumer : la recherche systématique et sans concession de l'originalité en marge de la théorie générale des nullités. »

(27) V. Ch. AUBRY et Ch. RAU, *op. cit.* (*supra*, note 23), t. III, 1839, § 450, p. 211 : « La distinction que nous avons toujours cherché à maintenir entre les conditions essentielles à l'existence d'un acte juridique et les conditions simplement nécessaires à sa validité, présente, non-seulement pour la théorie, mais encore au point de vue pratique, une importance toute particulière dans la matière qui nous occupe, à raison du principe que le juge ne peut, en fait de mariage, (suite p. suiv.)

Or, si l'inexistence méritait son accession, le prétexte avancé était tout à fait spécieux, aussi vrai que la proscription des nullités virtuelles n'a jamais eu le rôle exacerbé qu'ont voulu lui prêter les partisans de l'inexistence.

Cette règle, selon laquelle les nullités ne se suppléent point, procède d'une double prohibition : l'interdiction faite au juge, d'une part, de découvrir des conditions nouvelles de validité au-delà des textes et, d'autre part, de frapper de nullité une prescription que la loi aurait imposée sans mention de cette sanction dès lors qu'une autre aurait été envisageable, voire spécialement envisagée. Tels furent les deux moyens employés par le droit canonique à l'origine de cette prohibition pour assurer la préséance de l'Église sur l'acte fondateur du mariage : accaparer l'institution en rejetant tout empêchement ne relevant pas du droit canonique, et moraliser sa formation en graduant la valeur des vices pouvant l'affecter⁽²⁸⁾. Au premier chef, elle multiplia les empêchements dirimants, causes de nullité ; au second, elle les distingua des empêchements simplement prohibitifs, autrement sanctionnés. Spécialement, on posa la présomption selon laquelle un empêchement au mariage, dans le silence gardé par les textes sur la nature de sa sanction, devait être considéré comme simplement prohibitif plutôt que dirimant⁽²⁹⁾.

Mais les historiens ont assez relevé que le principe des nullités textuelles, sous quelque forme qu'il prît, n'eut jamais un caractère absolu en ce domaine⁽³⁰⁾, les auteurs, et plus encore les juges, ayant toujours admis des causes de nullités, dites « *substantielles* », « *naturelles* », ou encore « *rationnelles* », au-delà des textes⁽³¹⁾. Ce pseudo-principe avait seulement pour objet de limiter autant que possible l'œuvre créatrice des juges en leur imposant en particulier de relever en quoi la condition ignorée était particulièrement nécessaire à l'acte, malgré le silence des textes.

admettre que des nullités littérales, et que le droit de proposer une nullité de mariage, n'appartient qu'aux personnes auxquelles la loi ouvre une action à cet effet. »

(28) Sous ces deux aspects, le principe de prohibition des nullités virtuelles esquisse ses linéaments en droit canonique dès le V^e siècle, avant de s'épanouir à la fin du XI^e siècle dans l'œuvre théorique d'Yves de Chartres, puis de s'établir définitivement à partir du XIII^e siècle. Sur cette évolution, v. A. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, 2^e éd., par R. Génestal et J. Dauvillier, Sirey, 1929-1935, *passim* ; A. VILLIEN, « L'empêchement de mariage. Sa notion juridique d'après l'histoire », *Canon. contemp.* 1903, 1^{re} part., pp. 420-433 ; P.-H. BERTON, *La conception de la nullité de mariage en droit civil français et en droit canonique moderne*, th. Lille, Sirey, 1938, pp. 15-19 ; P. PETOT, *Le mariage et ses effets civils*, DES Histoire du droit privé, Les Cours de droit, Paris, 1953-1954, p. 19, reprod. in *Histoire du droit privé français – La famille*, Loysel, 1992, p. 255 ; J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, Le Cerf, 1987, pp. 195-222.

(29) Sur quoi v. A. ESMEIN, *op. cit.* (*supra*, note préc.), t. I, par R. Génestal, Sirey, 1929, p. 81.

(30) V. par ex. A. VILLIEN, art. préc. (*supra*, note 28), 3^e part., pp. 638-647, spéc. pp. 644-645, qui relève l'existence d'empêchements dirimants de source coutumière, s'agissant en particulier de la disparité de cultes. V. égal. Ch. LEFEBVRE, *Cours de doctorat sur l'histoire du droit matrimonial français – Le lien de mariage*, 2nd fasc., Sirey, 1923, p. 237.

(31) V. P.-H. BERTON, *op. cit.* (*supra*, note 28), pp. 25-26, et les autorités théologiques citées par l'auteur. Ce n'est qu'avec la codification du 27 mai 1917 (CIC 1917, can. 1038 à 1041) que le principe de la nullité textuelle s'affirma pour la première fois, avant d'être confirmé par le nouveau code de droit canonique promulgué le 25 janvier 1983 (CIC 1983, can. 1075 et 1076). Mais même alors, on a pu constater, pour y suppléer, que « *le Codex n'a rien spécifié à l'endroit du défaut de consentement par suite de folie. Il va de soi que le mariage est nul.* » : J. DAUVILLIER, in A. Esmein, *op. cit.* (*supra*, note 28), t. II, 1935, p. 440.

À son tour, l'autorité royale, se saisissant de l'enjeu matrimonial, entreprit de reprendre à son compte la théorie des empêchements canoniques pour circonscrire ceux-ci aux seuls empêchements de droit civil ainsi composés⁽³²⁾. La théorie canonique passée en droit civil, celui-ci adopta cette même prohibition des nullités virtuelles de façon à assurer l'exclusivité du pouvoir séculier sur l'institution du mariage et mettre en particulier un terme à la jurisprudence des parlements qui continuaient à sanctionner de nullité le mariage affecté d'une interdiction de pur droit canonique. La Révolution paracheva cette prise de possession⁽³³⁾.

On peut donc affirmer avec certitude que l'intention des codificateurs fut bien d'exclure tout autre empêchement au mariage que procédant du droit civil, et en déduire leur volonté de circonscrire ses causes de nullité à celles tirées du Code. Mais rien, sauf un culte révolutionnaire de la loi confiné au temps qui l'a vu prospérer, ne pouvait autoriser à croire que ces causes dussent être trouvées dans sa lettre plutôt que dans son esprit⁽³⁴⁾. Pour l'envisager néanmoins dans le silence des textes, il fallut se satisfaire d'un paradoxe : se détacher de la lettre muette du Code pour découvrir chez les rédacteurs l'intention de s'y tenir absolument⁽³⁵⁾. Du reste, un tel raisonnement n'avait plus à voir avec le seul mariage

(32) V. not. ord. Henri III, Paris, mai 1579, dite *Ordonnance de Blois*, imposant dans son article 40 la présence du curé à la célébration du mariage après que le Concile de Trente en eut délibéré à même fin (décr. *De clandestinis*, dit *Tametsi*, 11 nov. 1563) ; et édit Henri IV, Paris, déc. 1606, art. 12, précisant que toute contravention à l'article 40 de l'Ordonnance de Blois serait sanctionnée par la nullité du mariage.

(33) Const. 3 sept. 1791, tit. II, art. 7 : « La loi ne considère le mariage que comme contrat civil. – Le Pouvoir législatif établira pour tous les habitants, sans distinction, le mode par lequel les naissances, mariages et décès seront constatés ; et il désignera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes. » Ce qu'il fera par la loi du 20 septembre 1792, dont le titre IV régleme le mariage.

(34) Restriction qui devait devenir d'autant moins supportable lorsque, au jour de l'abolition du divorce (L. 8 mai 1816), aucun autre moyen de séparation que celui tiré de la nullité du mariage ne fut plus ouvert aux époux malheureux. C'est du reste cette même prohibition du divorce qui explique la profusion historique des causes de nullité du mariage chrétien.

(35) Procède ainsi de ce paralogisme l'argument prétendument exégétique d'après lequel la rédaction d'un chapitre spécialement dédié aux demandes en nullité de mariage impliquerait la volonté des rédacteurs de limiter les causes de nullité à celles textuellement prononcées au sein de ce chapitre. Usant de cet argument, v. par ex. F. LAURENT, *op. cit.* (*supra*, note 19), t. II, nos 430 à 432, pp. 551-554 et nos 440 à 447, pp. 562-572 ; Th. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, F. Pichon, t. II, 1892, n° 124, pp. 147-149 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. HOUQUES-FOURCADE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, dir. G. Baudry-Lacantinerie, 3^e éd., L. Larose et L. Tenin, t. III, *Des personnes*, t. III, 1908, n° 1683, pp. 307-308, et n° 1700, pp. 322-323 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 3^e éd., Sirey, t. I, 1937, n° 787, p. 436. *Contra*, rappelant que l'intention des rédacteurs fut plus vraisemblablement et plus modestement de se contenter de restreindre la qualité à agir en nullité du mariage, v. J. LOYER, *op. cit.* (*supra*, note 22), pp. 47-48 ; P.-H. BERTON, *op. cit.* (*supra*, note 28), p. 27 ; M. PLANIOL, *op. cit.* (*supra*, note 9), n° 995, p. 329 ; A. ROUAST, in *Traité pratique de droit civil français*, dir. G. Ripert, 2^e éd., LGDJ, t. II, *La famille*, 1952, n° 246, pp. 196-197. De fait, nulle part les travaux préparatoires n'évoquent une restriction littérale des causes de nullités. À s'en tenir à l'argument exégétique, l'intitulé du chapitre IV était pourtant assez explicite : il ne s'agit ni des causes de nullités, ni des nullités elles-mêmes, mais bien des demandes en nullités. En ce sens, v. encore J. LOYER, *loc. cit.* ; A. ROUAST, *loc. cit.* ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil – Les personnes*, 3^e éd., par P. Raynaud, Sirey, 1976, n° 110, p. 135 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. 3, *La famille*, 7^e éd., par L. Leveneur, Montchrestien, 1995, n° 790, p. 156 ; Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit civil – La famille*, 3^e éd., Defrénois, 2009, n° 254, p. 136.

Des trois décisions toujours citées comme ayant consacré le principe de la nullité littérale, aucune n'est éloquente, la première parce qu'elle ne se réfère nulle part à cette règle, et les deux autres parce que l'argument y est invoqué de façon tout à fait incidente, surérogant à celui, principal, pris de la limitation du nombre de titulaires de l'action en nullité au chapitre consacré : Req., 9 janv. 1821, *S.* 1821, I, 127, et nouv. (*suite p. suiv.*)

mais avec l'ensemble des dispositions du Code civil, et l'on n'a jamais sérieusement prétendu sous l'empire de celui-ci que tout acte juridique ne pourrait être annulé qu'à condition que la lettre de la loi fulminât expressément cette sanction⁽³⁶⁾. Seule une dévote passion éprouvée pour toute forme de règle écrite a pu persuader de l'existence d'un principe de nullité littérale en ce domaine.

C'est dire que, historiquement, en droit civil comme en droit canonique, les nullités du mariage ont toujours pu être aussi bien virtuelles que textuelles. Le juge sous le Code ne peut certes plus créer de cause de nullité nouvelle hors la loi, mais il peut toujours l'inférer juridiquement du texte lui-même, pris dans son esprit, au-delà de sa lettre⁽³⁷⁾. Et si la condition

coll., t. VI, 1819-1821, I, 359 ; 12 nov. 1839, *S.* 1839, I, 826 ; 12 nov. 1844, *DP* 1845, I, p. 98, et *S.* 1845, I, p. 246, note L.-M. Devilleneuve. Il a fallu l'affaire des mariés de Montrouge, pour que, en pure opportunité, la Cour de cassation vise le principe pour seul motif de décision : *Civ.*, 7 août 1883, *DP* 1884, I, p. 5, concl. Barbier, et note Th. Ducrocq ; *S.* 1884, I, p. 5, note J.-E. Labbé. Quant aux décisions contraires, elles sont innombrables : v. *infra*, note 37.

(36) Le projet de livre préliminaire rédigé par PORTALIS portait ce principe (tit. IV, art. 9) : « *Les lois prohibitives emportent peine de nullité, quoique cette peine n'y soit pas formellement exprimée.* » La disposition a été écartée avec le reste du livre pour avoir été jugée inutile, péchant par évidence. V. déjà dans le même sens J. DOMAT, *op. cit.* (*supra*, note 15), liv. prélim., tit. I, sect. I, § XX, p. 4 : « *Si une loi défend, ou en général à toutes personnes, ou en particulier à quelque sorte de personnes, de certaines conventions, de certains commerces, ou qu'elle fasse d'autres défenses quelles qu'elles soient, tout ce qui sera fait contre ses défenses avec toutes ses suites, sera ou annulé ou réprimé selon la qualité des défenses, & celle de la contravention, quand même la loi n'exprimerait pas la peine de nullité, & qu'elle laisserait les autres peines indéterminées.* »

(37) En ce sens, avant Aubry et Rau, v. A. BIRET, *Traité des nullités de tous genres*, A. Bertrand, Paris, 1821, t. I, pp. 100-101, qui écrit à propos de l'absence de signature des époux : « *La loi ne prononce pas, il est vrai, la nullité ; mais ne sort-elle pas de la nature des choses mêmes ?* » ; C.-E. DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, Delestre-Boulage, 1824, t. I, *Notes et explications*, « Page 65 », note 4, pp. 125-127, et « Page 74 », note 2, p. 143 ; Ch. TOULLIER, *op. cit.* (*supra*, note 20), t. I, 1830, nos 553 et 554, pp. 464-465, qui néglige suffisamment quelque principe de nullité littérale pour voir, sans texte, et sans discussion, une cause de nullité de mariage dans l'absence d'autorisation du roi à l'union du prince, ou dans la mort civile de l'époux consentant ; F. A. VAZEILLE, *Traité du mariage, de la puissance maritale et de la puissance paternelle*, Nève, t. I, 1825, n° 240, pp. 372-374. Et après l'exposé des deux auteurs strasbourgeois, v. encore, estimant que certaines causes de nullité, souvent qualifiées de substantielles, échappent toujours au prétendu principe de nullité textuelle, A.-M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, 1^{re} éd., G. Thorel, t. I, 1849, nos 259 à 260 bis, VI, pp. 353-355 ; D. et A. DALLOZ, *Jurisprudence générale – Répertoire méthodique et alphabétique*, 2^e éd., t. XXXI, 1854, v° Mariage, n° 441, pp. 282-283, et n° 445, p. 284 ; L. BOULY DE LESDAIN, *Des nullités de mariage en droit romain et en droit français*, th. Paris, 1890, pp. 281-282, qui prône des « *nullités de bon sens* » ; R. JAPIOT, *op. cit.* (*supra*, note 9), pp. 41-42, note 3 ; J. LOYER, *op. cit.* (*supra*, note 22), pp. 207-208 : « *point n'était besoin d'inventer la théorie de l'inexistence, pour éluder la difficulté que les auteurs s'étaient créée à eux-mêmes en établissant le principe d'interprétation stricte du chapitre IV du titre du mariage. Ne valait-il pas mieux ne pas dresser cette inutile barrière ?* » ; A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.* (*supra*, note 9), n° 166, pp. 187-189 ; Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, publ. R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, 2^e éd., A. Rousseau, t. II, *L'état et la capacité des personnes*, collab. H. Batiffol, 1936, nos 599 à 601, pp. 482-485, spéc. n° 599, p. 483 : « *Une interprétation restrictive ne peut pas exclure une interprétation raisonnable.* » ; P.-H. BERTON, *op. cit.* (*supra*, note 28), pp. 30-33 ; A. ROUAST, *op. cit.* (*supra*, note 35), n° 247, p. 197 : « *il faut examiner d'après tous les procédés d'interprétation si la nullité doit être admise bien que non expressément formulée. L'interprète doit, à l'exemple du législateur lui-même n'admettre que très difficilement la nullité.* » ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les personnes*, préc. (*supra*, note 35), *loc. cit.* : « *On peut admettre des nullités virtuelles mais seulement pour des raisons vraiment impérieuses.* » ; F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil – Les personnes. La famille. Les incapacités*, Dalloz, 7^e éd., 2005, n° 417, p. 369. Chez les tenants même de la nullité littérale, on admet le caractère relatif de la règle. V. ainsi L. JOSSERAND, *op. cit.* (*supra*, note 35), n° 788, p. 437 : « *il s'agit seulement d'une direction générale qui cède parfois devant des nécessités plus fortes qu'elles.* »

Quant à la jurisprudence, la Cour de cassation a pu considérer que le mariage du mort civil devait être sanctionné de nullité au fondement de l'article 25 du Code civil de 1804 (*Civ.*, 16 mai 1808, *S.* 1808, I, 297, et nouv. coll., t. VI, an XIII-1808, I, p. 528), alors que ni cette disposition ni le Chapitre IV du Titre *Du mariage* n'énonçaient expressément cette sanction ; ou que devait être annulé le mariage contracté à l'étranger en violation des formes exigées au lieu de célébration, procédant pour ce faire à une interprétation *a contrario* de

(suite p. suiv.)

est posée par un texte, qui n'indiquerait aucune sanction de nullité, le juge sera seulement invité à envisager d'abord la disposition comme simplement prohibitive avant d'y voir un empêchement dirimant⁽³⁸⁾, à plus forte raison si le texte édicte déjà une autre sanction⁽³⁹⁾.

Fictif en matière de mariage, le principe de prohibition des nullités non écrites se découvre sous un autre jour en procédure civile. On lui trouve traditionnellement ici une origine dans la grande ordonnance de Colbert de 1667 réformant la procédure civile. La lecture de ses dispositions éveille pourtant le doute : si ce code a nettement entendu rendre obligatoires les nullités qu'il ordonnait, et mettre fin de cette façon à la pratique des nullités dites comminatoires, abandonnées à la discrétion des juges sous couvert d'équité, nulle part il n'a prétendu leur interdire de relever à l'inverse d'autres causes de nullités que celles expressément déclarées⁽⁴⁰⁾. Le principe germa bien plutôt dans l'esprit singulier de quelques commentateurs⁽⁴¹⁾. Et lorsque l'on élaborait en 1806 un projet de Code de

l'article 170 du même Code, auquel les dispositions du Chapitre IV ne renvoient pas plus, se contentant même le plus souvent de ne viser à même fin que le principe *locus regit actum* (Civ., 1^{re} sect., 15 oct. 1958, *Bull.*, I, n° 432 ; 15 juill. 1963, *Bull.*, I, n° 392 ; 1^{re} civ., 10 juill. 1973, *JDI* 1974, p. 341, note B. Audit, et *Rev. crit. DIP* 1974, p. 640, note M. Nisard ; 15 juin 1982, *Zagha*, *D.* 1983, p. 431, note E. Agostini, et *Rev. crit. DIP* 1983, p. 300, note J.-M. Bischoff). Pour d'autres exemples, v. A. ROUAST, *op. cit.*, n° 248, pp. 197-198. Il est encore classique d'évoquer en ce même sens l'empêchement dirimant qui découlerait de l'existence d'un lien d'adoption plénier entre les deux candidats au mariage ; or la nullité – unanimement admise en une telle hypothèse – ne peut se déduire que du renvoi très général de l'article 358 (rédict. L. 66-500, 11 juill. 1966). Dans ces deux derniers cas au moins, on n'a jamais prétendu que le mariage devait être considéré comme inexistant plutôt que nul. Jamais depuis non plus le législateur n'a jugé utile de saisir l'occasion des réformes engagées sur ces matières pour déclarer expressément la nullité du mariage conclu en contravention des articles 170 ou 358. Il est donc toujours de droit positif que les nullités du mariage civil sont autant virtuelles que textuelles.

(38) Pour cette conception *a minima* du principe de prohibition des nullités virtuelles en matière matrimoniale, v. not. R. SALEILLES, « La distinction entre l'inexistence et la nullité de mariage », *Bull. Soc. études lég.* 1911, pp. 351-398, spéc. pp. 364-365 ; M. PLANIOL, *op. cit.* (*supra*, note 9), n°s 995 à 997, pp. 329-330, qui, après avoir nettement réfuté le principe d'une prohibition des nullités virtuelles, conclut : « la formule prohibitive, employée par la loi à propos du mariage, n'est pas nécessairement irritante, c'est-à-dire qu'elle ne suffit pas toujours pour faire admettre la nullité. Il faut rechercher pour chaque cas si l'intention du législateur a été d'y attacher cette sanction rigoureuse. S'il est vrai d'une manière générale que les lois doivent être obéies et que les actes contraires à leurs dispositions doivent être nuls, il y a lieu de n'appliquer cette règle au mariage qu'avec réserve. Pour le mariage les conséquences de l'annulation sont telles que, dans bien des cas, il vaut mieux maintenir une union illégale que de l'annuler. L'interprète, comme le législateur, doit donc se montrer sobre de nullités, et reconnaître l'existence de prohibitions qui n'empêcheront pas le mariage célébré d'être valable. » C'est finalement l'expression en matière de mariage de la règle énoncée pour le droit commun par AUBRY et RAU, *op. cit.* (*supra*, note 19), t. I, 1869, § 37, p. 120 : « Au point de vue de l'office du juge, il y a cette différence à établir entre les nullités textuelles et les nullités virtuelles, que, pour les premières, le juge a uniquement à examiner en fait si le précepte prescrit à peine de nullité a été ou non violé, tandis que, pour les secondes, il doit non seulement vérifier en fait si tel précepte légal a été ou non violé, mais apprécier en droit si la violation de ce précepte est [...] de nature à entraîner la nullité de l'acte attaqué. »

(39) En ce sens, précisément, v. not. A.-M. DEMANTE, *op. cit.* (*supra*, note 37), n° 260 bis, I, p. 354 : « La nullité [du mariage] doit s'induire plus ou moins facilement de la formule prohibitive, suivant que la règle a ou n'a pas d'autre sanction. »

(40) Ord. Louis XIV, Saint-Germain-en-Laye, avril 1667, tit. I, art. 6 : « Voulons que toutes nos ordonnances, édits, déclarations et lettres-patentes soient observées tant aux jugements des procès qu'autrement, sans y contrevenir ; ni que sous prétexte d'équité, bien public, accélération de la justice, ou de ce que nos cours auroient à nous représenter, elles ni les autres juges s'en puissent dispenser ou en modérer les dispositions, en quelque cas et pour quelque cause que ce soit. » ; et art. 8 : « Déclarons tous arrêts et jugements qui seront donnés contre la disposition de nos ordonnances, édits et déclarations, nul et de nul effet et valeur ; et les juges qui les auront rendus, responsables des dommages et intérêts des parties, ainsi qu'il sera par nous avisé. »

(41) V. en particulier F. SERPILLON, *Code civil ou Commentaire sur l'Ordonnance du Mois d'Avril 1667*, Delaguette, Paris, 1776, tit. I, art. I, p. 2 : « L'article VIII de ce titre, déclare nuls les Arrêts & Jugemens rendus contre la disposition de cette Ordonnance ; il rend même les juges garans des dommages & intérêts des Parties ; mais il (suite p. suiv.)

procédure civile, les rédacteurs se contentèrent de reprendre cette prohibition historique des nullités comminatoires, sans interdire aux juges de découvrir d'autres causes de nullité des actes de procédure hors du nouveau code⁽⁴²⁾. Ce n'est qu'à la suite de l'intervention de la section législative du Tribunat que, plein de défiance envers l'autorité judiciaire, on bilatéralisa l'interdiction jusqu'à consacrer, pour la première fois, une véritable condamnation légale des nullités virtuelles⁽⁴³⁾. Ainsi introduite, cette règle, pratiquement inapplicable⁽⁴⁴⁾, aurait mieux justifié qu'en matière de mariage l'apparition de la notion d'inexistence en procédure civile. Mais, ainsi qu'on le verra⁽⁴⁵⁾, c'est celle de formalité substantielle qui fut plus directement appelée pour contourner le funeste principe⁽⁴⁶⁾.

n'en dit pas de même des formalités de l'instruction : les nullités ne se suppléent pas, il faut une loi qui les prononce. », et art. VIII, p. 12 : « lorsqu'il s'agit des formalités de l'instruction, on ne peut prétendre nullité, que lorsque quelques articles de cette Ordonnance l'a prononcé expressément ; ensuite que lorsque cette peine n'est pas prononcée, elle ne doit pas être supplée. Oda restringenda. »

Contra, v. F. BOUTARIC, *Explication de l'Ordonnance de Louis XIV Roi de France et de Navarre, sur les matières civiles*, G. Henault et J.-F. Forest, Toulouse, 1743, tit. I, art. VIII, p. 9 : « Le Droit Romain sur la question, si une contravention aux Loix emporte la nullité d'un Acte ou d'une Sentence, distingue de cette manière, ou la Loi ne fait qu'ordonner sans ajouter la clause irritante, & en ce cas la contravention n'emporte point de nullité : ou la Loi est conçue en termes prohibitifs, & en ce cas la contravention emporte nullité, quoique la clause irritante ait été omise [...] – L'Article que nous expliquons rejette ces distinctions ; la contravention aux Ordonnances, Edits & Déclarations, de quelque manière & en quelques termes qu'ils soient conçus emport nullité » ; M.-A. RODIER, *Questions sur l'Ordonnance de Louis XIV du mois d'avril 1667*, Duplex et Laporte, Toulouse, 1777, tit. I, art. I, question seconde, pp. 3-4 : « Il est vrai qu'on trouve dans plusieurs articles de cette Ordonnance, la peine de nullité spécialement insérée, & non dans les autres : faut-il en conclure que cette peine n'a lieu que pour les articles où elle est insérée ? Non : mais il est encore moins douteux d'appliquer à ceux-ci la peine de nullité ; car autrement la disposition de l'art. 8 de ce titre porteroit à faux & ne seroit pas exacte. Tout ce qu'on peut dire, c'est que dans les articles où il y a une peine particulière prononcée, comme de dommages & intérêts, d'une Amende, ou autre, cette peine particulière est une exception à la peine générale, & qu'en ce cas la peine de nullité cesse. » Rapp. Ph.-A. MERLIN, in *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, dir. P. Guyot, 2^e éd., Visse, Paris, t. XII, 1784, v^o Nullité, § 1, p. 249, qui relève au sujet des art. 10 et 11 du tit. XXV de l'ord. de 1670 fixant le nombre de juges requis en matière criminelle : « on ne trouve pas de clause irritante dans ces deux textes, cependant il est certain qu'on ne pourrait les enfreindre sans Nullité [...] parce qu'il est de l'essence d'un jugement d'être rendu par un certain nombre de juges, et que par conséquent les lois qui règlent ce nombre, se rapportent à la substance même du jugement. »

(42) Anc. C. proc. civ., art. 1029 : « Aucune des nullités, amendes et déchéances prononcées dans le présent Code, n'est comminatoire. »

(43) Anc. C. proc. civ., art. 1030, al. 1^{er} : « Aucun exploit ou acte de procédure ne pourra être déclaré nul, si la nullité n'est est pas formellement prononcée par la loi. » Sur l'évolution du projet sur ce point, v. J.-G. Locré, *op. cit.* (*supra*, note 12), t. XXIII, 1831, pp. 395-396, 399, 402 et 414. Et sur la défiance exprimée à cette occasion à l'encontre des juges, v. le discours du tribun MALLARMÉ devant le Corps législatif, 29 avril 1806, *ibid.*, pp. 444-445, n^o 15.

(44) V. par ex. R. JAPIOT, « Des sanctions en matière de procédure », *RTD civ.* 1914, pp. 227-250, n^o 11, p. 236 : « En dépit de cette disposition, il est certain que, dans bien des cas, le juge devra reconnaître une nullité que la loi n'édicte pas formellement. » ; H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, Sirey, t. I, 1961, n^o 403, p. 368, qui, observant que l'article 1^{er} de l'ancien Code de procédure civile oubliait de préciser que les mentions qu'il requerrait de la citation en justice étaient prescrites « à peine de nullité », concluent qu'« Une interprétation littérale de l'art. 1030 C. proc. civ. se révèle impossible. » Rapp. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. II, *Procédure pénale*, 5^e éd., Cujas, 2001, n^o 581, p. 664 : « On ne peut se contenter de confier au législateur la tâche exclusive de fixer les cas de nullité de procédure : une liste légale présente toujours, par quelque côté, des lacunes. »

(45) V. *infra*, n^o 6, *in medio*, spéc. note 82.

(46) En procédure pénale, ce principe n'a en revanche jamais valu. On y parle bien de nullités textuelles, mais pour les opposer justement aux nullités virtuelles, dites « substantielles » parce que fondées sur des formalités substantielles découvertes par le juge. De sorte que le principe va nettement en la matière à la liberté de relever d'autres causes de nullité que celles inscrites dans le code. Tel était le système établi par l'article 408, en ses deux alinéas, du Code de l'instruction criminelle de 1808, et le Code de procédure pénale de 1959 ne l'a pas modifié sur ce point (v. art. 171).

(suite p. suiv.)

5. L'inexistence outre le régime des nullités – Mal fondée, l'inexistence sera de surcroît mal employée. Dans la fièvre de la création, et comme pour mieux justifier l'immixtion du concept nouveau, ses promoteurs vont en effet chercher à l'instrumentaliser. Ainsi qu'on l'a écrit : « *La tentation était grande de baptiser « inexistence » une super-nullité dont on voulait qu'elle ait des effets draconiens* »⁽⁴⁷⁾.

Le mariage jouissant d'abord, comme tout acte authentique, et tout acte de l'état civil en particulier, d'une force probante renforcée donnant foi au titre jusqu'à inscription de faux, le grief d'inexistence, au contraire de la nullité, aurait permis de ne prêter d'emblée aucune valeur à l'acte ainsi produit, sans qu'il soit besoin de saisir le juge à cette fin⁽⁴⁸⁾. Cette première assertion aurait pourtant réclamé une meilleure analyse, paraissant procéder d'un raccourci erroné : si l'acte ne fait pas foi d'un mariage inexistant, ce n'est pas eu égard à la nature du grief, mais en considération du fait que ce vice est susceptible, plus que d'autres, d'apparaître sur un simple examen du titre. Qu'il y manque la signature de l'un des époux

Quant au droit des sociétés, il est certes indubitable que l'article 11 de la directive communautaire du 9 mars 1968 (68/151/CE) fixe une liste limitative des causes de nullité des sociétés. Mais, outre que son domaine se borne aux sociétés commerciales à responsabilité limitée, cette directive fut très mal transposée par l'ordonnance du 20 décembre 1969 dont l'article 7, modifiant l'article 360 de la loi du 24 juillet 1966, n'a pas énuméré ces causes de nullité, ainsi qu'y invitait la directive, mais en a, tout à l'inverse, exclu d'autres. La jurisprudence ne s'est d'ailleurs jamais résignée à appliquer telle quelle cette directive (v. ainsi Com., 24 janv. 1989, pourvoi n° 87-14382, qui annule une société pour cause illicite ; ou encore, *a contrario*, 28 janv. 1992, *Bull.*, IV, n° 36 ; *Bull. Joly* 1992, § 133, p. 419, note P. Le Cannu ; *D.* 1993, p. 23, note J. Pagès ; *JCP* 1993, II, 21994, note A. Tisserand), nonobstant les injonctions délivrées en ce sens par la Cour de justice à d'autres États membres (CJCE, 13 nov. 1990, aff. C-106/89, *Marleasing* ; *Bull. Joly* 1991, § 59, p. 190, note P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1991, p. 532, note Y. Chaput ; *JCP E* 1991, I, 67, n° 3, obs. F. Serras, et II, 156, obs. P. Level). Sans doute encore les articles 1844-10 du Code civil et L. 235-1 du Code de commerce adoptent-ils désormais une rédaction restrictive des causes de nullité des sociétés, mais c'est pour mieux renvoyer *in loco* aux nullités du droit commun des contrats, où l'on sait que celles-ci se suppléent naturellement. Si bien que le principe demeure ici encore que les juges restent libres de relever des nullités sans textes, tant du moins qu'ils ne se sentiront pas plus liés qu'aujourd'hui par la lettre de la directive contestée. V. sur ce point I. ROBERT CADET, *La nullité en droit des sociétés*, th. Lyon III, 2000, p. 43.

(47) J. HAUSER, *op. cit.* (*supra*, note 19), n° 73, p. 110.

(48) V. par ex. Ch. DEMOLOBE, *op. cit.* (*supra*, note 13), n° 241, p. 370 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.* (*supra*, note 35), n° 1684, p. 308. Comp. Ch. AUBRY et Ch. RAU, *op. cit.* (*supra*, note 19), t. V, 1872, § 451 *bis*, p. 10, note 2, qui prétendaient déjà exonérer le constat de l'inexistence de toute action, au moyen d'un raisonnement déroutant : « *Il est évident qu'il ne saurait dans ce cas être question d'une action en nullité, et que l'on doit procéder, par voie d'inscription de faux, contre l'acte de célébration. Le faux une fois reconnu, la non-existence du mariage en sera la conséquence nécessaire.* » Mais pour agir en inscription de faux, il faut bien saisir le juge afin d'établir l'inexistence du mariage ! Il y a donc plus, et non pas moins, entre cette action en inexistence, doublée d'une inscription de faux, et l'action en nullité, qui pourra en faire l'économie. V. encore pourtant CA Versailles, 27 mai 1999, *D.* 1999, SC, p. 374, obs. J.-J. Lemouland ; *RTD civ.* 1999, p. 604, obs. J. Hauser, jugeant qu'un mariage célébré entre un Égyptien et une Française au consulat égyptien en France sans la présence de l'état civil français était nul plutôt qu'inexistant afin d'en déduire que l'action en annulation était nécessaire, de sorte que, tant que la nullité n'avait pas été prononcée, le mariage valait toujours et faisait obstacle à une nouvelle célébration entre les mêmes en application de l'article 147 du Code civil. Curieuse solution qui aboutit à ce que le juge saisi d'un conflit entre deux mariages successifs les rapporte tous les deux alors qu'il lui était demandé de décider lequel du premier ou du second devait prévaloir. Si le premier est valable, alors seulement le second est nul ; mais si le premier est nul ou inexistant, alors le second devient valable, quelle que soit la foi due au premier titre. La force probante qui s'attache aux actes de l'état civil ne vaut que jusqu'au jour où le juge se prononce et ne s'oppose donc pas à ce que celui-ci anéantisse même rétroactivement un acte entaché de nullité ou d'inexistence. Pour désunir les époux deux fois mariés, il aurait fallu user d'un autre motif : puisque ceux-ci se prévalaient en l'espèce de leur bonne foi initiale, il leur appartenait de démontrer en quoi leur croyance en la validité du premier mariage avait cessé au jour du second, à défaut quoi ce dernier n'eût pas été nul pour réitération mais bien inexistant pour absence d'intention matrimoniale.

ou de l'officier de l'état civil et l'on sera en effet enclin à présumer l'inexistence du mariage pour défaut de consentement ou de proclamation⁽⁴⁹⁾, l'action appartenant alors à celui qui cherchera à faire rectifier le titre pour établir la réalité de ces deux éléments et, par là, de l'union. C'est dire que, en soi, l'observation pourrait aussi bien valoir pour une cause de nullité si celle-ci était susceptible de se manifester par un moyen de preuve intrinsèque au titre⁽⁵⁰⁾. Que l'âge ou la date de naissance de l'un des époux laisse voir, tel qu'énoncé à l'acte de mariage (C. civ., art. 76, al. 1^{er}, 1^o), que ce conjoint n'était pas encore majeur à la date de la célébration, sans qu'il soit fait mention, ni d'une dispense du procureur, ni du consentement d'au moins un des deux parents, et il faudra tout autant refuser de prêter foi à l'acte en application des articles 144 et 184 du Code civil⁽⁵¹⁾, sans recours nécessaire à l'appréciation du juge. Le raisonnement n'est donc pas différent de celui qui prévaut lorsque, comme plus souvent peut-être, il n'a même été dressé aucun acte de mariage⁽⁵²⁾. À l'inverse, l'acte de l'état civil qui ne laisserait pas voir la cause d'inexistence du mariage imposera, autant que le mariage nul dans les mêmes circonstances, d'agir en rectification du titre afin de faire constater l'absence de toute union véritable⁽⁵³⁾.

On affirme en second lieu que l'inexistence mettrait obstacle au bénéfice de putativité que les articles 201 et 202 du Code civil accordent aux époux de bonne foi et aux enfants en retardant les effets de la déclaration de nullité au jour du jugement qui la prononce⁽⁵⁴⁾. Mais cette autre solution pêche par le même vice : ce que l'on pose ainsi en principe n'est que l'expression du constat que les époux se laisseront rarement tromper par un mariage

(49) Pour la même raison, on est porté à considérer que l'acte du mariage célébré le 5 juin 2004 par le maire de Bègles entre deux personnes de même sexe aura été dépourvu de l'autorité qui s'attache ordinairement aux actes de l'état civil avant même que le juge n'en constate l'inexistence. Sur les conditions d'existence propres au mariage, v. plus spéc. *infra*, n° 393.

(50) Observation que l'on fera plus largement pour tout acte émané de l'autorité publique : v. ainsi les implications de la théorie de l'inexistence en droit administratif et en droit communautaire, *infra*, n° 6, *in medio*.

(51) Au moins au cours des cinq premières années suivant la majorité de cet époux : C. civ., art. 183, *in fine*.

(52) C'est bien dans une telle circonstance que la Cour de cassation a pu juger qu'une nouvelle union avait été valablement célébrée à la suite d'un précédent mariage inexistant contre lequel personne n'avait protesté : Civ., 1^{re} sect., 18 oct. 1955, *Bull.*, I, n° 345, au sujet d'un mariage religieux, civilement inexistant. Dès lors en revanche qu'un acte a été dressé par un officier de l'état civil et fait foi d'un mariage apparent, l'action en inexistence est inévitable. V. en ce sens A. ROUAST, *op. cit.* (*supra*, note 35), n° 254, p. 204.

(53) V. ainsi F. LAURENT, *op. cit.* (*supra*, *ibid.*), n° 440, pp. 563-564 ; « On suppose que le mariage inexistant a été célébré par un officier de l'état civil. Il y a donc un titre apparent. Ce titre peut-il disparaître sans action judiciaire ? Tronchet et Réal disent que non, et ils ont raison. Celui qui a été partie à la célébration d'un mariage que nous supposons inexistant, veut contracter un nouveau mariage. L'officier de l'état civil lui oppose le premier acte. Suffira-t-il, pour le repousser, de dire que cet acte n'existe pas, parce qu'il constate un fait juridique inexistant ? Non, certes. L'officier public répondrait que cet acte a du moins une existence apparente, puisqu'il est inscrit sur le registre de l'état civil, et qu'en présence d'un mariage légalement constaté, il ne peut pas procéder à la célébration d'un nouveau mariage. Foi est due à l'acte, dit Tronchet ; et cela est évident. » ; R. JAPIOT, *op. cit.* (*supra*, note 9), pp. 456-457 ; ou encore G. DURRY, « L'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit civil français », in *Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, préc. (*supra*, note 13), pp. 617-619, de la façon la plus nette.

(54) Pour cette exclusion du bénéfice de putativité appliqué aux mariages inexistant, v. not. Ch. AUBRY et Ch. RAU, *op. cit.* (*supra*, note 19), t. V, 1872, § 460, pp. 46-47 ; F. LAURENT, *op. cit.* (*supra*, note 35), n° 515, pp. 651-652 ; E. HARTEMANN, *op. cit.* (*supra*, note 22), n° 314, p. 329, en note ; Th. HUC, *op. cit.* (*supra*, note 35), n° 21, p. 31, et n° 161, p. 181 ; BAUDRY-LACANTINERIE et M. HOUQUES-FOURCADE, *op. cit.* (*supra*, *ibid.*), nos 1907 à 1909, pp. 501-504 ; M. PLANIOL, *op. cit.* (*supra*, note 9), nos 1106 et 1107, p. 358 ; G. COHENDY, art. préc. (*supra*, note 19), pp. 63-66.

dont il manquera l'un des éléments constitutifs⁽⁵⁵⁾. Ils le pourraient néanmoins, et l'on ne comprendrait pas alors que le mariage apparent, en réalité inexistant, ne produise pas à leur endroit les mêmes effets que le mariage radicalement nul⁽⁵⁶⁾. Une telle rigueur serait surtout parfaitement inique pour les enfants nés de ce mariage qui ne sont pas plus coupables que celui-ci fût nul ou inexistant. La jurisprudence ne l'a de toute façon jamais admis⁽⁵⁷⁾, suivie désormais en cela par la plupart des auteurs⁽⁵⁸⁾.

Ainsi instrumentalisée dans son application au mariage, la théorie de l'inexistence devait naturellement suivre la même pente appliquée au droit commun des contrats. La première prétention fut ici encore de soustraire le constat de l'inexistence à la nécessité d'une

(55) C'est en suivant ce raisonnement que l'on a parfois pu exiger que le mariage ait au moins été célébré, de façon à constituer l'apparence nécessaire à la bonne foi des époux. V. par ex. CA Aix-en-Provence, 11 déc. 1933 (DP 1936, II, p. 57, note M. Nast) : « *il est sans doute admis que tous vices de l'acte, si graves soient-ils, peuvent être couverts par la putativité, il n'en demeure pas moins qu'il faut qu'il y ait eu célébration, ou au moins une apparence de célébration du mariage, sans laquelle on ne saurait concevoir la bonne foi chez les époux* ». Et encore CA Douai, 28 avril 1997, BICC 1997, n° 1487 (RTD civ. 1998, p. 77, obs. J. Hauser) : « *il y a base suffisante pour un mariage putatif dès lors qu'il y a eu une célébration solennelle dont l'absence aurait été seule à même de démontrer la mauvaise foi* ». Comp. J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *La famille – Fondation et vie de la famille*, 2^e éd., LGDJ, 1993, n° 378, p. 169, qui rattachent cette exigence à l'inexistence plutôt qu'à la bonne foi des époux : « *L'absence d'une célébration minimum, en conduisant le mariage vers l'inexistence, si l'on admet cette sanction, exclurait le bénéfice du mariage putatif* ».

(56) Les époux auront notamment pu croire en l'efficacité selon le droit civil du mariage célébré en la forme religieuse, voire en l'existence d'un mariage civil en réalité célébré par un usurpateur, et l'on voit mal pour quelle raison une telle union serait appelée à produire moins d'effet que celle célébrée entre ceux qui, par exemple, se découvriront sur le tard frère et sœur.

(57) V. not. Civ., 30 juill. 1900, DP 1901, I, p. 317, concl. A. Desjardins ; S. 1902, I, p. 225, note A. Wahl ; *Les grands arrêts jur. civ.*, 11^e éd., par F. Terré et Y. Lequette, Dalloz, 2000, t. I, n° 11, qui reproche à une cour d'appel d'avoir écarté l'application des articles 201 et 202 du Code civil à un mariage jugé inexistant plutôt que nul pour avoir été célébré entre une Française et un Anglais au consulat d'Angleterre en France hors la présence de l'officier de l'état civil français ; 5 janv. 1910, DP 1911, I, 338 ; S. 1912, I, 249, note E. Naquet, pour un mariage religieux célébré en la forme judaïque dans l'Algérie française ; Req., 14 mars 1933, *Cousin de Lavallière*, DP 1933, p. 28, rapp. E. Pilon ; S. 1934, I, p. 161, note H. Solus, s'agissant d'un mariage polygame de surcroît inexistant pour défaut de consentement sérieux ; Civ., 1^{re} sect., 14 juin 1957, D. 1957, p. 557 ; RTD civ. 1958, p. 229, obs. H. Desbois, estimant que le moyen pris de l'inexistence d'un mariage établi en Tunisie en l'absence de l'épouse ne fait pas obstacle à la production de ses effets putatifs ; CA Douai, 28 avril 1997, préc. (*supra*, note 55) : « *Pour que les époux puissent bénéficier des dispositions de l'article 201 du Code civil, il suffit, en effet, que l'union irrégulière, serait elle inexistante au sens du droit français, ait objectivement un minimum de signification matrimoniale* » ; et encore dern. 1^{re} civ., 6 juill. 2011, pourvoi n° 10-30760, Bull., puis 14 mars 2012, pourvoi n° 11-30133, Bull., pour des mariages célébrés en Algérie française devant le cadi plutôt que l'officier de l'état civil. La loi elle-même a ainsi pu renvoyer aux articles 201 et 202 du Code civil pour entériner les effets du mariage célébré par procuration d'un militaire déjà mort au combat ou en détention au jour de la célébration : v. L. 7 avril 1917, puis D.-L. 9 sept. 1939 (abrog. ord. 2007-465 du 29 mars 2007). *Contra*, mais en application droit allemand, v. 1^{re} civ., 16 juill. 1998, Bull., I, n° 250 ; D. 1999, p. 51, note B. Fauvarque-Cosson ; Dr. fam. 1999, n° 10, note H. Fulchiron ; Rev. crit. DIP 1999, p. 509, note Y. Lequette : « *une cour d'appel retient souverainement que, selon le droit allemand, le mariage célébré à Hambourg, sans intervention de l'officier de l'état civil, est inexistant et ne produit aucun effet, notamment à l'égard des enfants, et en déduit exactement que l'article 202 du Code civil est sans application en la cause* ». La solution est plus discutée en droit italien : v. F. RIGAUX, *Les personnes*, t. I, *Les relations familiales*, collab. M.-Th. Meulders-Klein, Univ. cath. Louvain, 2^e éd., F. Larcier, 1971, nos 1360 et 1472 à 1482 ; J. POUSSON-PETIT, *Le démariage en droit comparé*, th. Lyon III, 1979, F. Larcier, 1981, pp. 66 et 71.

(58) V. par ex. V. MARCADÉ, *op. cit.* (*supra*, note 19), t. I, 1852, nos 691 et 692, pp. 518-522 ; A. TISSIER, note préc. (*supra*, *ibid.*), p. 259, § 4 ; J. PIEDELIÈVRE, *Des effets produits par les actes nuls*, th. Paris, 1911, pp. 204-215, spéc. p. 212 : « *la seule condition requise par la loi pour qu'il y ait mariage putatif étant la bonne foi, ce bénéfice peut être accordé aux époux aussi bien dans le cas d'inexistence que dans le cas de nullité proprement dite* » ; A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.* (*supra*, note 9), n° 170, 3^e, p. 192 ; A. ROUAST, *op. cit.* (*supra*, note 35), n° 254, 3^e, p. 204 ; F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *op. cit.* (*supra*, note 37), n° 422, 4, p. 373 ; Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.* (*supra*, note 35), nos 273 et 274, pp. 148-150.

action⁽⁵⁹⁾ : alors que la nullité réclamerait d'être déclarée, sinon prononcée, par le juge, l'inexistence produirait son effet sans ce recours, puisque, après tout, « *on n'annule pas le néant* »⁽⁶⁰⁾. Il est tout à penser cependant que cette affirmation trouve ici son origine dans la confusion historiquement entretenue entre l'inexistence et la nullité absolue, l'une et l'autre opposées à la nullité relative⁽⁶¹⁾. L'automatisme de l'anéantissement est le propre en effet de toute sanction opérant de plein droit, et il n'en va pas différemment à cet égard de l'inexistence ou de la nullité absolue : cette dernière, comme la première, n'attend pas pour opérer que le juge se prononce sur son bien-fondé⁽⁶²⁾. Si cette intervention reste comme toujours nécessaire pour résoudre une situation litigieuse et conférer à ce dénouement l'autorité de la chose jugée, elle est en ce cas purement déclarative et nullement constitutive de droit⁽⁶³⁾. Dire par conséquent que l'inexistence ne requiert pour s'imposer aucune action

(59) Appliquée à l'inexistence proprement dite, la thèse apparaît semble-t-il chez G. MASSÉ et Ch. VERGÉ, *op. cit.* (*supra*, note 23), t. III, § 579, pp. 469-470.

(60) Usant sous toutes ses formes, mais toujours en ce sens, d'un aphorisme depuis lors passé dans le domaine public, v. not. A. M. DEMANTE, *Programme du Cours de droit civil français*, préc. (*supra*, note 19), n° 773, p. 359, puis *Cours analytique de Code civil*, préc. (*ibid.*), n° 261, p. 476 : « *Une obligation qui, à proprement parler, serait nulle n'aurait pas besoin d'être éteinte ; car on ne détruit que ce qui existe.* » ; Ch. DEMOLOBE, *op. cit.* (*supra*, note 13), n° 335, p. 516 : « *La loi n'annule pas le néant !* » ; V. MARCADÉ, *op. cit.* (*supra*, note 19), n° 871, p. 652 : « *le néant ne peut pas être anéanti* » ; puis n° 875, p. 654 : « *on ne saurait détruire ce qui n'est pas* » ; F. LAURENT, *op. cit.* (*supra*, note 35), n° 269, p. 341 : « *on ne conçoit pas que l'on demande l'annulation de l'acte inexistant ; peut-on demander l'anéantissement du néant ?* » ; puis t. XV, n° 465, p. 536 : « *on n'annule point le néant* » ; C. BUFNOIR, *op. cit.* (*supra*, note 19), p. 659 : « *on annule que ce qui existe, et il n'y a pas besoin d'action en annulation contre un contrat inexistant.* » ; et encore G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, t. II, préc. (*supra*, *ibid.*), n° 191, p. 174 : « *on ne peut éteindre que ce qui existe.* »

(61) V. sur ce point O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, th. Saint-Etienne, 1998, PUAM, 1999, pp. 53-64, qui, traitant de la question, met bien en évidence cette ambiguïté historique du concept d'inexistence. Sur cette confusion, v. *supra*, n° 2.

(62) Il est bien, par ailleurs, des nullités facultatives, qu'il est laissé au juge le pouvoir de prononcer ou de constater, au contraire de la plupart qui sont toujours obligatoires qu'elles soient de droit ou de plein droit. Mais les quelques dispositions qui confèrent au juge cette faculté exceptionnelle ne remettent pas en cause la *summa divisio* classique des nullités, pas plus, à l'inverse, qu'elles ne la recourent : une nullité peut être facultative qu'il s'agisse de constater une nullité absolue (e.g. C. civ., art. 191 et 193) ou de prononcer une nullité relative (e.g. art. 435 et 464). Sur cette autre notion, v. not. P. RUBELLIN, « Les nullités facultatives », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz/Litec, 2006, pp. 679-728.

(63) Les auteurs sont nombreux à le rappeler. V. ainsi V. MARCADÉ, *op. cit.* (*supra*, note 58), n° 617, p. 455 : « *À la vérité (et c'est là, sans doute, ce qui a trompé les commentateurs), quand je veux empêcher les résultats, à moi préjudiciables, qu'on entend faire produire à un acte nul, il faut encore que je m'adresse au pouvoir judiciaire, qui seul, dans toute société bien organisée, doit prononcer sur les contestations qui s'élèvent entre les citoyens. Entre moi, qui prétends que le mariage, ou l'acte quelconque, n'existe pas, et mon adversaire qui le soutient existant et valable, il faut bien que ce soit l'autorité compétente qui intervienne pour dire qui a raison. Mais je ne demanderai pas au tribunal de casser, d'annuler le mariage ou l'acte dont il s'agit ; je lui demanderai de reconnaître et de proclamer que cet acte n'existait pas et n'a jamais existé* » ; G. COHENDY, art. préc. (*supra*, note 19), p. 40, en note ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les personnes*, préc. (*supra*, note 35), n° 117, pp. 146-147 : « *il n'est pas nécessaire d'agir en justice pour faire prononcer l'inexistence, il suffit, au besoin, de la faire constater et tout intéressé peut à tout moment demander cette constatation.* » ; Ch. LARROUMET, *loc. cit.* (*supra*, note 20) ; J. GHESTIN, *Les obligations. Le contrat : Formation*, 2^e éd., LGDJ, 1988, n° 739, p. 876 : « *quelle que soit l'importance de l'élément du contrat qui fait défaut, les déclarations de volonté ont fait naître une apparence qui doit être détruite. Si un accord ne peut se réaliser sur ce point, l'intervention du juge est nécessaire.* » ; M. BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, th. Paris II, 1983, Economica, 1986, n° 146, p. 146 ; A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix-Marseille, 1992, PUAM, 1992, n° 379, p. 247 ; X. BARRE, « Nullité et inexistence ou les bégaiements de la technique juridique », *PA* 30 juill. 1993, n° 91, pp. 7-13, spéc. p. 9 : « *Il faut donc conclure que l'office du juge est nécessaire pour déclarer si l'acte doit être frappé d'inefficacité, qu'il s'agisse de nullité ou d'inexistence* » ; D. VEAUX, in *J.-Cl. Civ.*, Art. 1304 à 1314, fasc. 20, « Nullité ou rescision des conventions – Généralités : inexistence et rescision », 1994, n° 12, p. 4 : « *dès l'instant qu'il y aura une apparence de contrat [...], il faudra bien* (suite p. suiv.) »

en justice ne suffit pas à l'opposer à la nullité, mais seulement à la nullité relative, qui s'analyse seule comme une annulabilité, c'est-à-dire un droit d'agir en *annulation*, au sens actif du mot⁽⁶⁴⁾.

Échouant pour défaut de motif de ce premier chef, les revendications autonomistes de la doctrine inexistentiale vont au contraire pécher par outrance en affirmant cette fois que l'action tendant à faire constater l'inexistence du contrat ne se prescrirait par aucun délai. La disposition, pourtant générale, du Code civil d'après laquelle « *Toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans* » (art. 2262 anc.) ne trouverait donc pas à s'appliquer à l'action en inexistence⁽⁶⁵⁾, qui partagerait ainsi, désormais, ce privilège d'imprescriptibilité avec l'action visant à poursuivre les crimes contre l'humanité... La prétention étonne d'autant plus que l'on se rappelle que c'est précisément pour avoir été originairement associée à l'idée d'inexistence que la nullité absolue avait pu être rattachée à ce délai de droit commun, et ainsi extraite de la lettre de l'article 1304 qui vise toute action en nullité sans distinction⁽⁶⁶⁾. Au début du XIX^e siècle, l'inexistence distinguée de la nullité se

recourir au juge pour se soustraire à son emprise, soit en l'attaquant par voie d'action, soit en repoussant la demande en exécution de l'adversaire par voie d'exception. Que cette action et cette exception soient fondées sur une nullité ou une inexistence ne change pas grand chose. » ; O. GOUT, *op. cit.* (*supra*, note 61), n° 112, p. 90 : « le rôle du juge n'a été modifié à aucun moment lorsqu'il statuait sur une affaire d'inexistence. » ; E. PIRE, *Nullité ou inexistence ?*, mém. DEA, Paris XI, 2002, p. 10 ; H. ADIDA-CANAC, « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », *Rapp. C. cass.* 2004, pp. 119-149, n°s 86 et 87, pp. 140-141 ; F. HAGE-CHAHINE, « Le rationnel et l'empirique dans la notion d'inexistence en matière d'actes juridiques », in *Le monde du droit – Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, pp. 529-550, n° 31, p. 543 : « L'idée de néant juridique n'est pas incompatible avec la nécessité de recourir au juge parce que le contrat inexistant crée une apparence qu'il faut détruire et, en dehors d'un mutus dissensus, seul le juge peut le faire. »

(64) Sur l'inexistence comparée aux nullités absolue et relative, v. *infra*, n° 10.

(65) Depuis Ch. AUBRY et Ch. RAU, *op. cit.* (*supra*, note 19), t. I, 1869, § 37, p. 119 ; et V. MARCADÉ, *op. cit.* (*supra*, *ibid.*), n° 423, pp. 356-357 ; jusqu'à F. HAGE-CHAHINE, « La notion d'inexistence et ses intérêts pratiques », *Proche-Orient, Études juridiques – Rev. fac. dr. Univ. Saint-Joseph, Beyrouth*, n° 47 (1994), pp. 69-87, spéc. n°s 12 à 19, pp. 75-80 ; puis « Le rationnel et l'empirique dans la notion d'inexistence en matière d'actes juridiques », préc. (*supra*, note 63), n°s 34 et 35, pp. 544-545 ; O. GOUT, *op. cit.* (*supra*, note 61), n° 111, p. 90 ; ou encore H. ADIDA-CANAC, art. préc. (*supra*, note préc.), n° 77, p. 138. Et en jurisprudence : Civ., 26 oct. 1915, *S.* 1920, I, p. 5 ; DP 1920, I, p. 39 ; 16 nov. 1932, préc. (*supra*, note 19), estimant, s'agissant d'une vente nulle pour défaut de prix sérieux, qu'« *un tel acte qui serait dépourvu d'existence légale n'est susceptible ni de prescription ni de confirmation* » ; 1^{re} civ., 10 juin 1986, *Bull.*, I, n° 159 (RTD civ. 1987, p. 535, obs. J. Mestre ; D. 1988, SC, p. 14, obs. A. Robert), jugeant, à propos d'une offre de donation restée non acceptée, qu'« *il ne pouvait y avoir prescription de l'action en nullité d'un acte auquel faisait défaut l'un de ses éléments essentiels* » ; Com., 28 avril 1987, préc. (*supra*, *ibid.*), qui assimile également la nullité absolue à une inexistence légale pour en déduire l'imprescriptibilité de l'action ; 3^e civ., 15 déc. 1999, *Bull.*, III, n° 242 (JCP 2000, II, 10236, concl. J.-F. Weber), qui rejette le pourvoi, qui arguait de l'imprescriptibilité de l'action en nullité de l'acte conclu sans limitation de durée, au motif que le bail contesté ne pouvait être considéré comme inexistant et que l'action en nullité, même absolue, se prescrit par trente ans. Jusqu'à l'Avant-projet de Code européen des contrats élaboré par l'Académie des privatistes européens sous la direction de G. Gandolfi, Pavie, 2001, art. 138, § 2.

Contra cep., v. E. BARTIN, in Ch. Aubry et Ch. Rau, *op. cit.*, 6^e éd., t. IV, 1942, § 339, 1^o, p. 398, note 3 bis, qui réfute la thèse des auteurs du traité : « *En pareil cas [actes à considérer comme non avenus], la prescription de trente ans est seule applicable.* » ; A. BRETON, note sous 1^{re} civ., 26 janv. 1983, *D.* 1983, pp. 319-320 ; X. BARRE, *loc. cit.* (*supra*, note 63) : « L'étude de la jurisprudence nous conduit à douter de la prétendue imprescriptibilité de l'action en reconnaissance de l'inexistence. » Et tout récemment, en jurisprudence même : 1^{re} civ., 1^{er} avril 2003, *Bull.*, I, n° 94 : « *attendu que l'action engagée en vue de contester l'existence du consentement donné à la souscription d'un emprunt s'analyse [...] en une action en contestation de l'existence même d'une convention soumise, en tant que telle, à la prescription de droit commun.* »

(66) Idée étant que l'inexistence n'appelant aucune action, il ne pourrait être question que de répéter un paiement, ce qui constituerait une hypothèse distincte de l'action en nullité visée à l'article 1304 du Code civil. V. en ce sens A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, 1^{re} éd., Nève, t. XII, 1831, n° 551, (suite p. suiv.)

détachait de l'orbite de l'article 1304 pour entrer dans celle de l'article 2262 ; un demi-siècle plus tard, et sous des dispositions restées pourtant inchangées, la même qualification se serait finalement arrachée à toute gravitation pour poursuivre sa course hors du Code, c'est-à-dire, pour ce qui est de la théorie générale du contrat, hors du système juridique. À suivre cette trajectoire, il est à craindre que la réduction à cinq années opérée par la loi du 17 juin 2008 du délai de prescription de droit commun risque de rendre le concept d'inexistence d'autant plus attractif pour tous ceux qui trouveront là un intérêt nouveau à recourir à cette notion mal définie hors de son domaine naturel⁽⁶⁷⁾, et à profiter ainsi du vague qui l'entoure depuis toujours⁽⁶⁸⁾. On le craindra d'autant plus que l'histoire de l'inexistence montre qu'elle n'a jamais été employée que là où le régime des nullités a pu sembler exagérément restrictif.

6. La diffusion de la théorie – Comme le métal se façonne dans le feu, le concept moderne d'inexistence ne serait probablement pas apparu sans le conflit qui opposa la France et l'Allemagne tout au long du XIX^e siècle. Il lui a fallu pour croître la stratification de sédiments doctrinaux abandonnés par les flux et reflux de la frontière séparant ces deux États et ces deux systèmes juridiques. L'invention de ZACHARIÄ, professeur à l'Université de Heidelberg, fut celle d'un juriste de culture germanique commentant le Code civil que Napoléon imposa à la Rhénanie conquise⁽⁶⁹⁾. La réinterprétation que proposèrent par la suite AUBRY et RAU de ce premier commentaire doit à la tradition juridique française que ces deux auteurs avaient pour métier de transmettre aux étudiants de Strasbourg. Et il semble bien que ce soit le bruit de cet écho outre-rhénan qui suggéra à la doctrine germanique d'adopter finalement à son tour un concept que l'un des leurs avaient, involontairement peut-être, engendré bien des années plus tôt⁽⁷⁰⁾.

p. 672 ; R.-Th. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, t. V, *De la vente*, 1^{re} éd., Ch. Hingray, 1834, t. I, art. 1601, n° 252, pp. 407-408 : « si la chose que les parties ont eu l'intention de vendre et d'acheter est périe à leur insu, au moment où elles contractent, la vente est nulle. [...] L'art. 1304 ne saurait s'appliquer à un cas où, comme dans l'espèce, il n'y a qu'une vente sans sujet (*imperfectum negotium*), ou qu'un contrat auquel il manque un de ses termes. La vente, en effet, est plus que nulle, si je peux parler ainsi ; elle n'a pas d'existence, elle n'est pas née viable, il n'est pas nécessaire de la faire annuler, parce que l'action en nullité n'a d'utilité que contre ce qui existe. » Et après même l'apparition de la théorie de l'inexistence en tant que sanction autonome, v. encore F. LAURENT, *op. cit.* (*supra*, note 19), t. XVI, n° 160, p. 217, qui, continuant à assimiler l'inexistence à la nullité absolue, écrit : « La théorie des contrats inexistantes a une conséquence pratique très-importante. C'est que la prescription de dix ans, que la loi établit pour l'action en nullité (article 1304), ne s'applique pas aux contrats qui n'ont pas d'existence légale, car ces contrats ne donnent pas lieu à une action. » L'écho de cette ancienne doctrine résonne encore parfois jusque dans la jurisprudence. V. ainsi Civ., 16 nov. 1932, préc. (*supra*, note 19), qui ne qualifie la nullité absolue d'inexistence que pour la soustraire à la prescription abrégée de l'article 1304 du Code civil ; et Com., 28 avril 1987, préc. (*supra*, *ibid.*), en même sens exactement.

(67) Exprimant déjà cette crainte, v. G. DURRY, art. préc. (*supra*, note 53), p. 628 ; puis J. GHESTIN, *op. cit.* (*supra*, note 63), n° 741, p. 879.

(68) Sur cette voie, on relève que la jurisprudence la plus récente découvre des fonctions inédites à la notion d'inexistence. Elle aurait ainsi cette vertu d'empêcher l'inscription d'un gage du chef d'un prêt inexistant, alors pourtant que les fonds ayant été libérés, le prêteur en demeure tout autant créancier que si le prêt avait été nul ou valable : 1^{re} civ., 5 mars 1991, pourvoi n° 89-17167 ; D. 1993, p. 508, 1^{re} esp., note L. Collet.

(69) V. ouvr. préc., *supra*, note 23.

(70) Comp. G. LUTZESCO, *Essais sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial*, th. Paris, Sirey, 1938, p. 185, qui insiste sur l'œuvre créatrice des seuls auteurs français : « expression vivante des principes du droit
(suite p. suiv.) »

Tout comme en droit français, la théorie allemande de l'inexistence (*Nicht-Existenz*) a trouvé son siège dans la formation du mariage, où elle y prospéra pour les mêmes causes⁽⁷¹⁾. Elle en déborda néanmoins, tant et si bien que, contrairement à nos auteurs cette fois, « *La doctrine allemande unanime reconnaît qu'il y a des actes inexistantes à côté des actes nuls de plein droit.* »⁽⁷²⁾ L'évolution fut à peu près similaire en Autriche et en Suisse⁽⁷³⁾, quoique de façon moins consensuelle⁽⁷⁴⁾, et l'Italie paraît lui avoir également fait un accueil plutôt hospitalier⁽⁷⁵⁾, au contraire des droits espagnol, belge et néerlandais où son emploi est demeuré assez marginal⁽⁷⁶⁾. Quant au droit anglais, il ne semble l'avoir reçue qu'appliquée au mariage, mais avec une faveur peu démentie⁽⁷⁷⁾. Partout cependant, c'est dans le silence de la loi que l'inexistence s'est épanouie⁽⁷⁸⁾. Il n'est guère que le droit libanais pour avoir, sous l'inspiration des travaux de Louis JOSSERAND, transcrit la notion jusque dans son code⁽⁷⁹⁾.

naturel, la théorie de l'inexistence fut l'œuvre exclusive de la doctrine française. »

(71) Le principe de nullité textuelle s'est en effet imposé en Allemagne plus encore qu'en France, au point que le paragraphe 16 de la loi sur le mariage de 1946 actuellement en vigueur (*Ehegesetz*) le consacre même expressément. Ainsi rendu d'autant plus nécessaire, il apparaît assez clairement que « *Si le concept d'inexistence est discuté en droit français, il ne fait aucun doute en droit allemand.* » : A. RIEG, in *Introduction au droit allemand*, t. III, *Droit privé*, dir. M. Fromont et A. Rieg, Cujas, 1991, p. 208. Sur le mariage inexistant en droit allemand (*Nichtehe*), v. H. LEHMANN, *Deutsches Familienrecht*, 4^e éd., par D. Heinrich, éd. W. de Gruyter, Berlin, 1967, § 7, p. 36 ; D. SCHWAB, *Familienrecht*, 17^e éd., Beck, 2009, n° 51, p. 30.

(72) D. GUGGENHEIM, *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé*, th. Genève, 1970, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 112, 1970, p. 31.

(73) Sur quoi, v. F. RIGAUX, *op. cit.* (*supra*, note 57), nos 1357 à 1359.

(74) Comp. ainsi R. PATRY, *Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse*, th. Genève, 1953, p. 225 et s. ; et P. PIOTET, *La formation du contrat en doctrine générale et en droit privé suisse*, Staempfli, Berne, 1956, p. 12, puis « Inexistence et invalidité des dispositions à cause de mort », *Journ. trib.* 1969, I, pp. 162-179 ; par rapport à D. GUGGENHEIM, *op. cit.* (*supra*, note 72), pp. 124-128, plus réservé.

(75) V. not. F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2^e éd., Cedam, Milano, 2008, pp. 26-43. Et encore D. GUGGENHEIM, *op. cit.* (*supra*, *ibid.*), p. 46, qui, au-delà des auteurs cités, note que la jurisprudence y est également très favorable. V. égal. *Projet de cadre commun de référence – Terminologie contractuelle commune*, Assoc. H. Capitant et SLC, 2008, pp. 480-481, qui conforte cette opinion. Au point d'ailleurs que l'Avant-projet de Code européen des contrats publié en 2001 par l'Académie des privatistes européen de Pavie sous la direction de Giuseppe Gandolfi a fini par consacrer la notion dans ses articles 137 et 138.

(76) V. J. POUSSON-PETIT, *op. cit.* (*supra*, note 57), pp. 62-70, spéc. pp. 65-66. Pour le droit espagnol en particulier, v. L. DIEZ-PICAZO, « L'inefficacité de l'acte juridique selon le droit espagnol », in *Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, préc. (*supra*, note 13), pp. 598-610, spéc. pp. 602-603. Pour le droit néerlandais, v. A. J. M. KUNST, « L'annulabilité, la nullité et l'inexistence des actes juridiques en droit hollandais », *ibid.*, pp. 638-649, spéc. pp. 644-646. Et pour le droit belge, v. C. RENARD et E. VIEUJEAN, « Nullité, inexistence et annulabilité en droit civil belge », *Ann. Fac. dr. Liège* 1962, pp. 243-294, spéc. pp. 255-256 ; P. WÉRY, « Nullité, inexistence et réputé non écrit », in *La nullité des contrats*, coord. P. Wéry, Larcier, 2006, pp. 7-32, n° 5, p. 16, où l'auteur affirme que « *L'arrêt de la Cour de cassation [de Belgique] du 21 octobre 1971 a sonné le glas de la théorie de l'inexistence* » (*Pas.* 1972, I, p. 174 ; *RCJB* 1972, p. 415, note F. Rigaux).

(77) V. encore en dernier lieu *Hudson vs. Leigh*, 5 juin 2009 (EWHC, Fam., 1306), qui, au terme d'une longue discussion, qualifie le mariage de « *non existent* » plutôt que « *void* », dans l'hypothèse d'une union religieuse célébrée en Afrique du Sud dans l'intention des époux de la parfaire civilement une fois revenus en Angleterre.

(78) Là même où elle est la mieux connue, on observe que ni la *Ehegesetz* de 1946 ni le *Matrimonial Causes Act* de 1973 ne l'ont spécialement consacrée. On ne peut donc pas déduire grand-chose du silence gardé par les récents codes civils du Québec (1991) et des Pays-Bas (1992) sur la question.

(79) Code libanais des obligations et des contrats, art. 188, pour le défaut d'objet ; art. 196, pour le défaut de cause ; art. 203, pour l'erreur-obstacle ; et art. 216, pour l'absence de tout discernement. Transcription particulièrement enthousiaste par ailleurs, considérant que ces deux premières hypothèses ressortissent plus

(suite p. suiv.)

Mais c'est peut-être encore en droit interne que la diffusion de la théorie fut la plus remarquable. En procédure civile tout d'abord, où la Cour de cassation, par un arrêt de la Chambre des requêtes du 30 décembre 1902⁽⁸⁰⁾, en a fait l'utilisation la plus spectaculaire et restée la plus célèbre, afin d'échapper à la disposition malencontreuse de l'article 705, alinéa 2, de l'ancien Code de procédure civile, selon laquelle la nullité d'une seule enchère aurait emporté la nullité de l'ensemble de la procédure : puisque celle passée sans le ministère d'avoué obligatoire devait être tenue pour inexistante plutôt que nulle, le bien put être adjugé à l'enchérisseur précédent. Le cas de figure, pourtant, était anecdotique. Il n'illustre pas la fonction de l'inexistence en droit judiciaire privé, où celle-ci a tout au contraire pour objet, non de valider la procédure, mais d'y mettre obstacle là où le vice de nullité demeurerait sans portée.

Ainsi qu'on l'a vu⁽⁸¹⁾, le principe de nullité textuelle a forcé à mettre en œuvre les palliatifs nécessaires au contournement des lacunes sur ce point manifestes du Code de 1806. C'est à cette fin que Ernest GLASSON proposa de faire remploi de l'antique notion de *formalité substantielle*⁽⁸²⁾ : il s'agissait sous cette qualification de rapprocher ces formalités non écrites des conditions de fond des actes de procédure, tout autant ignorées de l'ancien Code de procédure civile, de façon à en déduire identiquement que le principe posé à l'article 1030 ne s'appliquerait pas plus aux premières qu'aux secondes⁽⁸³⁾. Le même concept servit également à soulever l'exception de nullité fondée sur une irrégularité de forme en tout état de cause, contrairement à un article 192 qui imposait d'en exciper *in limine litis*⁽⁸⁴⁾, ou encore à s'affranchir de la condition de grief que la jurisprudence instaura pour restreindre la nature péremptoire des nullités proclamée à l'article 1029, et que le décret-loi du 30 octobre 1935 consacra définitivement en insérant cette condition à l'article 173⁽⁸⁵⁾. Sous la formalité substantielle, la notion d'inexistence affleurait donc déjà,

volontiers à la nullité qu'à l'inexistence : v. *infra*, n° 11, spéc. note 196. Sur cette critique, v. égal. *infra*, n° 7, spéc. note 162.

(80) Req., 30 déc. 1902, *DP* 1903, I, p. 137, note E. Glasson ; *S.* 1903, I, p. 257, note A. Tissier.

(81) V. *supra*, n° 4, *in fine*.

(82) E. GLASSON, *Précis théorique et pratique de procédure civile*, 1^{re} éd., F. Pichon, 1902, t. I, pp. 15-16. Sur cette notion, et ses origines scolastiques, v. *infra*, n° 297, spéc. note 19.

(83) Pour ce refoulement précoce des irrégularités de fond hors du domaine de l'article 1030 de l'ancien Code de procédure civile, v. Civ., 24 nov. 1817, *Journ. des audiences*, t. VII, p. 699 ; 11 mai 1887, *Gaz. Pal.* 1887, I, p. 727.

(84) Pour le dépassement de cette disposition, v. par ex. Civ., 9 mai 1950, *D.* 1950, p. 429 ; *RTD civ.* 1950, p. 551, obs. P. Raynaud ; Soc., 2 déc. 1954, *D.* 1955, somm., p. 43 ; Civ., 2^e sect., 5 déc. 1958, *Bull.*, II, n° 819 ; CA Paris, 27 nov. 1963, *D.* 1964, p. 275. Encore la jurisprudence ne fut-elle pas d'une parfaite constance sur ce point. V. ainsi Civ., 31 janv. 1912, *DP* 1915, I, p. 46 ; *S.* 1913, I, p. 74, qui rejette l'exception de nullité affectant un exploit pourtant dépourvu de la signature de l'huissier, au motif que le destinataire de cet acte avait commencé à plaider sur le fond ; 13 nov. 1952, *D.* 1953, p. 113 ; *RTD civ.* 1953, p. 382, obs. P. Raynaud, qui a pu juger couvert, pour la même raison, le vice qui s'attachait à la méconnaissance de la formalité, qualifiée de substantielle, tenant dans l'apposition de la date.

(85) Pour l'emploi de la notion de formalité substantielle afin d'accueillir l'exception de nullité de forme malgré l'absence de grief, v. not. au sein d'une jurisprudence profuse : Civ., 18 nov. 1947, *D.* 1948, p. 177, note P. Hébraud, à propos de l'absence de toute date précise sur un acte introductif d'appel ; puis Civ., 2^e sect., 3 mars 1955, *D.* 1955, somm., p. 79 ; *JCP* 1955, II, 8654 ; *Gaz. Pal.* 1955, I, p. 426 ; *RTD civ.* 1955, p. 367, obs. P. Raynaud, pour le défaut d'indication dans une assignation du domicile du défendeur.

(suite p. suiv.)

en ce que l'on a souvent tenu pour inexistantes les actes de procédure dépourvus de ces formes nécessaires⁽⁸⁶⁾. Signe de cette émergence, ce fut ce même texte qui introduisit le mot jusque dans le Code de procédure civile⁽⁸⁷⁾.

Mais pour que l'inexistence s'affirme en tant que concept autonome en procédure civile, il a toutefois fallu que l'ordonnance du 22 décembre 1958 vienne mettre un terme à l'effet subversif de la qualification de formalité substantielle dans l'administration des exceptions de nullité⁽⁸⁸⁾. Depuis lors en effet, seule l'omission d'une formalité proprement constitutive, celle sans laquelle l'acte n'existerait même pas, serait susceptible, à admettre la nuance, de pouvoir être encore soulevée à tout moment de la procédure. Le nouveau Code de procédure civile lui a concédé à son tour un domaine nouveau, en soumettant toute condition de forme, même substantielle, à la condition de grief (art. 114, al. 2) : depuis 1976, par conséquent, la notion d'inexistence permet seule d'exonérer la nullité de forme de cette exigence⁽⁸⁹⁾. Et il faudra surtout peut-être lui attribuer désormais toute la matière des irrégularités de fond, à présent que la Cour de cassation paraît vouloir entériner l'idée selon laquelle la liste des irrégularités posée à l'article 117 serait limitative⁽⁹⁰⁾. Si cette

Sur cette évolution, v. spéc. G. GHIENNE, *Les nullités de forme de procédure civile*, th. Lille, 1937 ; M DE BIÉVILLE, *Les nullités des actes de procédure en matière civile*, th. Paris, 1944 ; H. SOLUS et R. PERROT, *op. cit.* (*supra*, note 44), n^{os} 395 à 422, pp. 363-391.

(86) V. ainsi E. GLASSON et A. TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3^e éd., Sirey, t. II, 1926, n^o 441, p. 342, où Albert TISSIER définit la formalité substantielle comme celle sans laquelle l'acte perd sa raison d'être et « ne peut exister ». Rapp. en même sens CA Douai, 3 nov. 1952, *Gaz. Pal.* 1953, I, p. 150, à propos de l'absence de signature de l'huissier : « *Attendu que la dernière jurisprudence de la Cour suprême, comme celle des cours d'appel, est unanime à admettre que la signature de l'huissier dans l'exploit qu'il a délivré est l'élément primordial et essentiel, seul susceptible de donner valeur, force et vie audit exploit, et que, faute de signature, ce document doit être considéré comme nul et non avenu* », dès lors « *il s'ensuit que la nullité de ce document doit être prononcée, celui-ci devant être regardé comme inexistant* » ; Trib. civ. Seine, ord. référé, 19 juin 1957, *RTD civ.* 1958, p. 121, obs. P. Hébraud ; CA Paris, 27 nov. 1963, préc. (*supra*, note 84).

(87) V. ainsi anc. C. proc. civ., art. 162 (rédict. D.-L. 30 oct. 1935), dont le premier alinéa disposait que l'opposition devait être formée par acte extrajudiciaire « *à charge par le défaillant de la réitérer dans le délai de huitaine par acte d'avoué à avoué, sinon, elle sera inexistante* », tandis que le second précisait par distinction que « *L'huissier instrumentaire sera tenu d'insérer la déclaration et d'avertir le défaillant, à peine de nullité de l'acte d'exécution, qu'il doit réitérer son opposition dans les formes et délais prescrits par l'alinéa précédent* ».

(88) Anc. C. proc. civ., art. 192, rédict. ord. 22 déc. 1958 : « *toute demande en nullité, même fondée sur l'inobservation d'une formalité substantielle, sera déclarée irrecevable si elle est présentée après qu'il aura été conclu au fond* ». La solution est demeurée sous le nouveau Code de procédure civile : on déduit en effet du silence gardé sur le cas de la formalité substantielle par les articles 74 et 112 que ces textes n'ont pas cherché à revenir sur le principe de son innocuité (v. L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, 3^e éd., Litec, 2000, n^o 1115, p. 478).

(89) La Cour de cassation paraissant toutefois assez peu disposé à admettre le jeu de l'inexistence à cet endroit. V. encore en dernier lieu 2^e civ., 11 févr. 2010, pourvoi n^o 09-65404, qui estime que l'absence de formule exécutoire sur la copie du jugement d'adjudication signifié aux occupants expulsés ne l'empêche pas de produire son effet, en l'absence de grief subi de ce chef par ces derniers, rejetant sur ce motif le moyen qui arguait de l'inexistence de cette signification. La solution eût peut-être été mieux justifiée s'il avait été précisé que l'expulsion n'a pas été ordonnée par le jugement ainsi notifié, mais par un autre ultérieur, correctement signifié celui-là.

(90) En dépit donc d'une tradition contraire et d'un article 119 qui, fidèle à cette dernière, dispose ouvertement que « *Les exceptions de nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure doivent être accueillies [...] alors même que la nullité ne résulterait d'aucune disposition expresse* ». Pour cette interprétation restrictive de l'article 117, v. ainsi 2^e civ., 30 nov. 1977, *Bull.*, II, n^o 225 ; *Gaz. Pal.* 1978, I, p. 291, note J. Viatte ; 3^e civ., 12 oct. 2005, *Bull.*, III, n^o 194 ; *RTD civ.* 2006, p. 150, obs. R. Perrot. Moins rigide cep. : 2^e civ., 2 oct. 1981, *Gaz. Pal.* 1982, I, p. 107, note J. Viatte, qui qualifie d'irrégularité de fond affectant la validité de l'acte introductif d'instance le fait que l'assignation délivrée à une commune n'ait pas été précédée d'une mémoire adressé au préfet.

solution devait se confirmer, l'inexistence aurait ainsi pour vocation de dépasser à nouveau ces contraintes pour autoriser à se prévaloir de la violation d'une condition de fond innommée et néanmoins nécessaire à la constitution de l'acte critiqué.

Sans doute la Cour de cassation a-t-elle récemment prétendu condamner la théorie de l'inexistence en procédure civile⁽⁹¹⁾, mais ce n'est que pour mieux se prévaloir, d'une autre main, de l'omission des actes de procédure, qui n'en est qu'un autre nom⁽⁹²⁾, de sorte que la notion conserve en réalité toute son actualité⁽⁹³⁾.

L'inexistence s'est manifestée plus tardivement en procédure pénale, dont la théorie des nullités s'est longtemps divisée entre nullités textuelles, opérant de plein droit, et nullités virtuelles⁽⁹⁴⁾, soumises à la condition de grief, ou d'« *atteinte aux intérêts de la partie* » concernée par la nullité. Depuis la réforme opérée par la loi du 6 août 1975, le critère distinctif s'est toutefois déplacé vers celui tiré du caractère d'ordre public de la nullité sollicitée, la règle étant dorénavant qu'aucune nullité ne peut être prononcée si elle n'est prévue par un texte, et sous la condition encore de grief pour les nullités de forme, même substantielle⁽⁹⁵⁾, seules les nullités d'ordre public, qu'elles soient de fond ou de forme, faisant exception à ces deux conditions⁽⁹⁶⁾. Du fait de cette évolution, on a ainsi observé que la notion d'inexistence avait ici aussi fait son apparition, servant à passer outre la condition de grief sans avoir à démontrer le caractère d'ordre public de la formalité méconnue, tant qu'elle est, par hypothèse alors, substantielle⁽⁹⁷⁾.

(91) Ch. mixte, 7 juill. 2006, *Bull.*, CM, n° 6 (*JCP* 2006, II, 10146, note E. Putman ; *RTD civ.* 2006, p. 820, obs. crit. R. Perrot), au moins selon le communiqué joint, l'arrêt étant beaucoup moins péremptoire, de même que l'avis de l'avocat général cité au soutien de cette interprétation, celui-ci ayant seulement proposé de considérer qu'il ne s'agissait pas, en l'espèce, d'un cas d'inexistence, sans condamner la notion dans son principe. Depuis lors cep., v. 1^{re} civ., 17 janv. 2008, *Bull.*, I, n° 13, plus explicite.

(92) V. not. Ass. plén., 15 mai 1992, *Bull.*, AP, n° 6 ; *JCP* 1992, II, 21884, note E. Du Rusquec, qui décide que la signification à avocat avait été omise dès lors qu'elle n'avait pas été effectuée en autant de copies qu'il y a de parties, de sorte qu'elle ne faisait pas courir le délai d'appel, sans qu'il soit besoin de relever l'existence d'un grief ; 2^e civ., 1^{er} mars 1995, *Bull.*, II, n° 67, même cause, même effet, à propos ici du point de départ d'une astreinte ; 3 avril 2003, *Bull.*, II, n° 95 ; *D.* 2003, IR, p. 1266 ; *RTD civ.* 2003, p. 545, obs. R. Perrot ; Soc., 6 févr. 2003, *Bull.*, V, n° 47 ; *RTD civ.* 2003, p. 350, obs. R. Perrot, qui, au sujet d'une contrainte qui n'indiquait rien de la cause et de l'objet des cotisations réclamées, conclut à l'omission de l'acte pour faire échapper l'exception aux conditions de grief et de préalable ; et encore 2^e civ., 4 juin 2009, pourvoi n° 08-13498.

(93) Sur quoi v. J. PELLERIN, « L'omission de l'acte de procédure », in *La procédure dans tous ses états – Mélanges en l'honneur de Jean Buffet*, éd. Petites Affiches, 2004, pp. 379-392, spéc. pp. 381-387.

(94) La doctrine pénaliste qualifie en ce domaine les nullités virtuelles de « *substantielles* », ce qui prête à la plus grande confusion, considérant que le même adjectif, appliqué à la formalité, prend un tout autre sens, non seulement en procédure civile, mais jusque dans le Code de procédure pénale lui-même, où l'article 171, siège de la matière, parle de « *formalité substantielle prévue par une disposition du présent code* », ce qui postule que la nullité qui s'y attache ne soit pas virtuelle. Selon les auteurs, donc, la nullité pour méconnaissance d'une formalité substantielle ne serait pas nécessairement « substantielle » elle-même, dès lors que prévue par un texte...

(95) V. en particulier C. proc. pén., art. 171, 565 et 802.

(96) Sanctionnant ainsi malgré l'absence de grief une nullité jugée d'ordre public au cas de violation d'une formalité substantielle et non écrite : Crim., 3 avril 1979, *Bull.*, n° 135 ; 17 avril 1980, *Bull.*, n° 109 ; Crim., 17 janv. 2006, *Bull.*, n° 19.

(97) V. ainsi Crim., 4 janv. 1983, *Bull.*, n° 3 ; *D.* 1983, p. 562, note M. Roger ; *JCP* 1984, II, 20203, note P. Chambon, s'agissant d'une ordonnance de prolongation de détention émise après expiration de la période initiale d'incarcération ; 6 oct. 1986, *Bull.*, n° 270 : « *Attendu que la signature du juge d'instruction, condition de l'authenticité des actes de ce magistrat, en constitue une formalité substantielle, à défaut de laquelle ils doivent être tenus* » (suite p. suiv.)

Appliquée aux actes de procédure, l'inexistence l'est également aux jugements eux-mêmes. Ayant toujours ici pour fonction de soustraire les décisions des juges aux mêmes règles de nullité⁽⁹⁸⁾, elle a aussi plus spécialement celle de permettre à celui qui s'en prévaut d'échapper aux délais de recours juridictionnel⁽⁹⁹⁾. Si *Voies de nullité n'ont lieu contre les jugements*, les voies de l'inexistence seraient ainsi appelées à les suppléer. Son terrain s'étendrait ici aux décisions rendues par des personnes dépourvues de toute autorité juridictionnelle⁽¹⁰⁰⁾, voire à celles qui ne présenteraient pas même l'apparence d'un véritable jugement⁽¹⁰¹⁾. Quoique ce dernier cas de figure semble procéder de la même confusion que celle précédemment dénoncée à propos de l'acte de mariage : comme pour tout acte authentique, on n'accordera au jugement cette présomption de véracité que s'il laisse paraître la réalité et la validité de l'acte⁽¹⁰²⁾. Et si l'on veut dire par là que, s'agissant plus spécialement d'un acte de juridiction, sa transcription sur un support écrit qui porte la signature du juge est une condition sans laquelle la décision prononcée ne pourrait être qualifiée de jugement, alors il ne faut pas parler d'apparence mais bien de substance même de l'acte. Quant à la condition tenant à la qualité de l'auteur, elle n'appartient plus en propre à la matière processuelle mais, déjà, au droit administratif.

Car la théorie de l'inexistence ne se borne pas au droit privé. Elle a en effet trouvé une terre d'élection en droit administratif, où elle intervient notamment afin de mettre obstacle au privilège du préalable des actes de l'Administration⁽¹⁰³⁾, de permettre leur retrait au-delà

pour inexistants » ; 22 oct. 1986, *Bull.*, n° 301, en même sens. V. égal. Crim., 14 févr. 2012, pourvoi n° 11-87679, promis à la plus large diffusion : « *Attendu qu'est privé de l'une des conditions essentielles de son existence légale l'avis de la chambre de l'instruction rendu sur une demande d'extradition n'émanant pas d'un État souverain* ». Et déjà Crim., 28 févr. 1974, *Bull.*, n° 88 ; *JCP* 1974, II, 17774, note P. Chambon ; *RSC* 1975, p. 162, obs. M. Robert, à propos d'un enregistrement sur bande magnétique ne valant pas procès-verbal.

(98) Sur quoi v. par ex. H. MOTULSKY, note sous Com., 19 juill. 1950, *JCP* 1951, II, 5952, I, *in fine* : « *si les jugements* » sont soustraits à l'action ou exception de nullité, ce n'est qu'à condition de mériter cette qualification. »

(99) Sur cette autre fonction de l'inexistence en procédure, v. not. L. SÉGUR, « L'inexistence en procédure civile », *JCP* 1968, I, 2129, n°s 14 à 18.

(100) V. par ex. Com., 19 juill. 1950, *JCP* 1951, II, 5952, note H. Motulsky ; *RTD civ.* 1951, p. 125, obs. P. Raynaud.

(101) V. par ex. Crim., 11 mai 1948, *Gaz. Pal.* 1948, I, p. 285 ; ou encore CA Douai, 22 nov. 1951 (*JCP* 1952, II, 6698, note G. M. ; *RTD civ.* 1952, p. 103, obs. P. Hébraud) : « *un jugement non rédigé par écrit, non signé et non déposé au greffe est resté dans le néant et ne peut avoir d'existence légale* », à propos d'une décision dont il n'est resté qu'une inscription au rôle du greffe.

(102) V. *supra*, n° 5, *in limine*.

(103) V. par ex. CE, sect., 18 avril 1958, *Sieur Kempf, Rec.*, p. 212. La prétention est classique mais paraît pourtant moins dépendre de la nature du vice que de son caractère manifeste, considérant que si l'on refuse d'emblée à l'acte la portée qui s'attache aux actes de l'Administration, c'est pour cette seule raison qu'il n'en présentera même pas l'apparence, ou qu'il serait apparemment nul, quand bien même s'avérerait-il parfaitement existant et valable après examen du juge. Où l'on retrouve les remarques déjà faites à propos du mariage, et des actes de l'état civil en général, *supra*, n° 5, *in limine*. Pour le rattachement de cet effet de l'inexistence à la théorie de l'apparence, v. ainsi A. MESTRE, note sous CE, 28 oct. 1932, *Lafitte et autres*, *S.* 1933, III, p. 67 : « *Provision est due à l'acte apparent qui produira des effets, qu'on le qualifie d'inexistant ou nul, tant que le juge n'aura pas statué* » ; J. DE SOTO, *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux*, th. Paris, 1941, n° 83, p. 63 : « *tout acte qui a l'apparence d'un acte administratif doit provisoirement être considéré comme tel ; dans le cas contraire, les intéressés n'ont pas à le prendre en considération.* » ; J.-M. AUBY, *La théorie de l'inexistence des actes administratifs*, th. Paris, 1947, A. Pedone, 1951, p. 307 : « *les actes inexistants ne postulent pas une obéissance provisoire de la part des administrés. Mais nous avons vu que l'acte inexistant n'apparaissait pas toujours aux yeux de ceux-ci avec un caractère tellement flagrant que toute apparence d'acte administratif en soit* (suite p. suiv.)

du délai ordinaire de deux mois suivant leur édicition⁽¹⁰⁴⁾, de laisser ouvert passé ce même délai le recours visant à constater l'inexistence de l'acte⁽¹⁰⁵⁾, de dispenser alors du ministère d'avocat⁽¹⁰⁶⁾, et même d'autoriser le juge judiciaire d'avoir à connaître de cette prétention⁽¹⁰⁷⁾.

L'importation de la notion d'inexistence du droit privé vers le droit administratif, que l'on attribue traditionnellement à Édouard LAFERRIÈRE⁽¹⁰⁸⁾, s'est opérée avec les adaptations qu'autorisait l'autonomie de la matière⁽¹⁰⁹⁾. On y distingue ainsi, comme une

disparue. Il peut y avoir doute sur l'existence d'un acte. » C'est cette logique qui pousse parfois le Conseil d'État à qualifier d'inexistant un acte dont la nullité était simplement manifeste.

(104) V. not. CE, sect., 3 févr. 1956, *Sieur de Fontbonne*, Rec., p. 45 ; RDP 1956, p. 859, obs. M. Waline.

(105) V. en ce sens CE, ass., 28 févr. 1986, n° 62206, *Commissaire de la République des Landes*, Rec., p. 50 ; AJDA 1986, p. 326, obs. J. Moreau ; RDP 1986, p. 1468, note J.-M. Auby ; RFDA 1987, p. 219, note J.-C. Douence. Et pour l'imprescriptibilité de l'exception : CE, 31 mai 1957, *Rosan Girard*, Rec., p. 355, concl. F. Gazier ; D. 1958, p. 152, note P. Weil ; *Les grands arrêts jur. adm.*, par M. Long, P. Weil, G. Braibant *et al.*, 17^e éd., Dalloz, 2009, n° 75.

(106) V. CE, 13 juill. 1966, n° 63369, *Sieur Guigon*, Rec., p. 476 ; et 8 mai 1968, n° 70918, *Sieur Thorel*, Rec., p. 285, implicitement.

(107) Cette compétence partagée constituerait même le premier effet historiquement attribué à la théorie de l'inexistence en droit administratif. Longtemps défendue par la doctrine, elle fut officiellement reconnue par un arrêt du Tribunal des conflits du 27 juin 1966 (*Sieur Guigon c. Min. des Armées*, Rec., p. 830 ; D. 1968, p. 7, note J.-C. Douence), décidant, malgré l'imprécision des termes que, s'agissant d'un acte « nul et non avenu » – ou inexistant dans le vocabulaire administratif – « il appartient tant à la juridiction administrative qu'à l'autorité judiciaire de constater cette nullité », c'est-à-dire son inexistence. La solution se justifierait par l'idée que l'exécution d'un acte inexistant, comme « manifestement insusceptible de se rattacher à un pouvoir administratif », constituerait nécessairement une voie de fait, qui répond à la même définition (TC, 17 févr. 1947, *Cons. Perrin*, D. 1947, p. 134, note P.-L. ; J. 1948, III, p. 1, note A. Mestre). Pour cette assimilation, v. ainsi CE, 13 juill. 1966, préc. (*supra*, note préc.), qui se conforme à l'arrêt éponyme du Tribunal des conflits ; ou encore 11 mars 1998, n° 169794, *Min. de l'Intérieur c. M^{me} Auger*) et déjà P. WEIL, « Une résurrection : la théorie de l'inexistence en droit administratif », D. 1958, chr., pp. 49-56, spéc. p. 52 : « l'exécution d'un acte inexistant constitue toujours une voie de fait. » L'argument est toutefois à tempérer. D'abord cette exécution d'un acte inexistant ne constitue une voie de fait qu'à la condition supplémentaire d'attenter à une liberté publique, ce qui ne sera pas toujours le cas. Ensuite, et surtout peut-être, il peut aussi y avoir une voie de fait dans l'exécution d'une décision manifestement nulle, et non inexistante (v. par ex. CE, sect., 31 janv. 1958, *Soc. Établ. Lassalle-Astis*, Rec., p. 63), de sorte qu'utiliser la même expression pour définir l'inexistence et la voie de fait favorise, une fois de plus, la confusion de la première à la nullité. En l'absence même de voie de fait, donc, le juge judiciaire pourrait toujours constater l'inexistence de l'acte administratif si celui-ci n'existe pas même en apparence. En ce sens : P. WEIL, art. préc., p. 54 ; B. ODENT, *in Rép. cont. adm.*, Dalloz, v° Inexistence, n° 39 : « c'est le caractère grossier et délibéré de l'irrégularité constatée qui permet au juge judiciaire de la constater lui-même ». Et l'on peut penser qu'il le pourrait également, de façon négative, s'il venait à juger que l'acte excipé est de droit privé. En toute hypothèse cependant, il ne se prononcera jamais sur l'existence de l'acte administratif que de façon incidente, et jamais par voie de principal.

(108) E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1^{re} éd., Berger-Levrault, t. II, 1888, p. 470 : « L'acte fait par une personne dénuée de toute autorité n'est pas seulement annulable, il est inexistant ». Par cette expression, et par d'autres, il est toutefois à craindre que cette inexistence-là ne fût peut-être rien d'autre chez cet auteur que l'autre nom de la nullité absolue, selon une assimilation encore commune à son époque. Un peu plus loin, l'auteur écrit ainsi, au sujet de l'hypothèse-type de l'inexistence en droit administratif (p. 471) : « la distinction peut quelque fois être délicate entre l'usurpation inconstitutionnelle, qui frappe l'acte d'une nullité radicale et absolue, et la simple incompétence, qui motive et nécessite une annulation pour excès de pouvoir ». L'inexistence se laisse mieux voir semble-t-il chez L. ALCINDOR, *Des différentes espèces de nullités des actes administratifs*, th. Paris, 1912, qui l'oppose clairement aux nullités absolue et relative. Sur l'histoire de la théorie en droit administratif, v. not. J.-M. AUBY, *op. cit.* (*supra*, note 103), pp. 11-28 ; et plus récemment B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, th. Paris II, 2001, éd. Panthéon-Assas / LGDJ, 2002, n°s 93 à 98, pp. 111-116, et n°s 456 à 469, pp. 443-458.

(109) Pour un examen complet et récent de la question, v. S. BIAGINI-GIRARD, *L'inexistence en droit administratif*, th. Aix-Marseille, 2007, L'Harmattan, 2010, qui met en évidence le caractère fonctionnel de la notion en la matière.

summa divisio de la théorie, l'inexistence « matérielle » de l'inexistence « juridique »⁽¹¹⁰⁾. La première correspondrait à l'hypothèse dans laquelle aucun acte n'a été pris⁽¹¹¹⁾, ou ne peut du moins être produit⁽¹¹²⁾, y étant également associés tous les cas dans lesquels l'auteur a bien exprimé une volonté sans chercher à émettre par là un acte administratif⁽¹¹³⁾, ou encore ceux dans lesquels cet auteur était dépourvu de toute personnalité juridique⁽¹¹⁴⁾. La seconde viserait la situation dans laquelle une volonté a bien été émise dans l'intention de prendre un acte administratif, mais où il lui manque encore un élément nécessaire pour valoir comme tel.

La difficulté de cette inexistence dite juridique est cependant qu'elle tend à couvrir pour une large part des cas de nullité⁽¹¹⁵⁾. La première hypothèse peut encore se comprendre comme une inexistence véritable, s'agissant de l'acte pris par une personne sans pouvoir de représenter l'autorité publique, qu'elle fût étrangère à l'Administration⁽¹¹⁶⁾, ou même agent administratif dépourvu de tout pouvoir de décision⁽¹¹⁷⁾. Mais dès lors que l'on vise en outre comme cas d'inexistence juridique celui de l'acte qui ne peut se rattacher à aucun pouvoir administratif⁽¹¹⁸⁾, ou de l'empiétement de l'Administration sur les pouvoirs législatif ou

(110) Cette division structure la quasi-totalité des exposés de la théorie en droit administratif. V. par ex. B. ODENT, art. préc. (*supra*, note 107) ; A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, t. I, *Droit administratif général*, 16^e éd., par Y. Gaudemet, LGDJ, 2001, n° 1229, p. 575 ; M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT *et al.*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 17^e éd., Dalloz, 2009, n° 75, obs. sur CE, ass., 31 mai 1957, *Rosan Girard*. Rapp. déjà P. WEIL, art. préc. (*supra*, note 107), pp. 49-50 : « l'inexistence trouve toujours sa source, soit dans l'absence d'un élément essentiel à la formation même de l'acte, soit dans un vice tel que l'acte peut être regardé comme manifestement insusceptible d'être rattaché à l'application d'une disposition législative ou réglementaire. »

(111) V. ainsi CE, 5 janv. 1966, n° 58230, *Synd. CGT-FO des employés communaux de la ville de Morez*, Rec., p. 5 ; 22 juill. 1977, n° 97961, *Union des coopérateurs de l'Hérault, du Gard et de l'Aude*, Rec., p. 344 ; 9 mai 1990, n° 72384, *Commune de Lavarat c. Lozar*, Rec., p. 115, selon lequel évoquer une question devant le conseil municipal ne vaut pas délibération, en sorte que « cette prétendue délibération doit donc être regardée comme un acte nul et de nul effet dont l'inexistence peut être constatée à tout moment » ; ou encore 29 déc. 1997, n° 139317, *Commune d'Hautmont*, Rec., p. 710, qui, relevant que le conseil municipal ne s'était pas réuni le jour dit, en déduit que « la prétendue délibération [...] doit, dans ces conditions, être regardée comme inexistante ».

(112) CE, sect., 26 janv. 1951, *Sieur Galy*, Rec., p. 46 ; S. 1951, III, p. 52, concl. R. Odent, s'agissant d'un arrêté n'ayant laissé aucune trace dans les archives de l'Administration.

(113) V. par ex. CE, 28 févr. 1947, *Sieur Megevand*, Rec., p. 85 ; S. 1948, III, p. 41, note J.-M. Auby, pour une prétendue délibération du conseil municipal qui ne constituait en fait qu'une simple motion adoptée par certains conseillers.

(114) V. CE, 9 nov. 1983, n° 15116, *Saerens*, Rec., p. 453, qui déclare « nulle et non avenue » la décision prise par le conseil d'administration de la ville de Lille, collègue privé de toute personnalité juridique.

(115) En ce sens : J.-F. LAFAT, *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th. Paris I, 2007, Dalloz, Nouv. bibl. th., vol. 87, 2009, n° 572 et s.

(116) V. CE, 20 oct. 1948, *Sieur de Bois-Juzan*, RDP 1949, p. 390. Cette hypothèse, qui est celle de l'usurpation pure et simple, n'est pas à confondre avec le vice d'incompétence, qui n'est jamais qu'une cause de nullité de l'acte, et qui suppose que son auteur ait eu au moins la qualité requise. V. CE, sect., 17 mars 1954, *Dame Dardant*, Rec., p. 163 ; *AJDA* 1954, II, p. 5, obs. F. Gazier et M. Long, selon quel arrêt l'incompétence de l'auteur de l'acte ne suffit pas à entacher ce dernier « d'un vice de nature à le faire regarder comme inexistant ». Comp. pourtant, proposant de sanctionner l'incompétence par l'inexistence : G. JÈZE, « Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques », RDP 1913, pp. 294-331, spéc. pp. 302-304.

(117) V. déjà CE, 10 janv. 1908, *Sieur Legouez*, Rec., p. 8 ; 28 juill. 1911, n° 35958, *Sieur Gillot*, Rec., p. 887, à propos à chaque fois de la décision prise par le conseil d'administration d'une compagnie de sapeurs-pompiers de rétrograder l'un d'entre eux.

(118) V. not. CE, 31 mai 1957, préc. (*supra*, note 105), à propos d'un arrêté préfectoral intervenu dans une matière réservée à la juridiction administrative, et déclaré comme tel « nul et non avenue ». C'est également sous (*suite p. suiv.*)

judiciaire, on verse déjà dans la nullité, dès lors que l'acte a bien été pris par une autorité administrative, même incompétente⁽¹¹⁹⁾. Il faudrait enfin ajouter à cet endroit une dernière hypothèse que la jurisprudence sanctionne encore d'inexistence, et qui paraît participer de la même logique : le détournement de l'acte émis de son principal objet. Ainsi semble pouvoir s'expliquer en effet que le Conseil d'État puisse déclarer inexistantes des nominations pour ordre, c'est-à-dire non suivies d'affectation effective, et uniquement destinées à permettre, en la faisant immédiatement suivre d'une seconde nomination, d'exempter d'un échelon leurs bénéficiaires⁽¹²⁰⁾.

De là deux griefs traditionnellement adressés à la théorie administrative de l'inexistence : l'inexistence s'y détache mal de la nullité⁽¹²¹⁾, et son emploi paraît être essentiellement opportuniste⁽¹²²⁾. L'un est du reste lié à l'autre : cette confusion conceptuelle est le produit même de l'instrumentalisation de l'inexistence par la jurisprudence. Le point mérite d'être souligné, car le fond de cette critique est précisément celui qui motivera la condamnation

ce titre que les auteurs évoquent la jurisprudence relative aux décisions visant à maintenir des fonctionnaires au-delà de la limite d'âge, sanctionnées elles aussi comme « nulles et non avenues » : CE, sect., 3 févr. 1956, préc. (*supra*, note 104) ; 15 juill. 1958, *Sieur Jouve et autres*, Rec., table, p. 933.

(119) V. ainsi B. PLESSIX, *op. cit.* (*supra*, note 108), n° 466, p. 455 : « Quel juriste n'a pas appris que l'empiétement de l'Exécutif sur le domaine législatif, tel qu'il résulte en droit positif de la méconnaissance des dispositions de l'article 34 de la Constitution, constitue l'une des causes les plus traditionnelles de l'annulation pour excès de pouvoir d'un acte administratif ? »

(120) V. CE, sect., 30 juin 1950, *Sieur Massonnaud*, Rec., p. 400 ; S. 1951, III, p. 57 ; CE, ass., 15 mai 1981, n° 33041, *Sieur Maurice*, Rec., p. 221 ; *AJDA* 1982, p. 86, concl. A. Bacquet ; D. 1981, SC, p. 523, obs. P. Delvolvé ; D. 1982, p. 147, note P. Blondel et F. Julien-Laferrière ; CE, ass., 1^{er} oct. 1990, n° 77030, *Min. des PTT et Nassallucci*, Rec., p. 262 ; *AJDA* 1990, p. 864, obs. E. Honorat et R. Schwartz ; CE, sect., 9 nov. 1990, n° 78012, *Sieur Fleret*, Rec., p. 319 ; mêmes obs ; CE, sect., 12 juin 1991, *Assoc. prof. des magistrats et Sieur Pringuez*, *AJDA* 1991, p. 509, obs. Ch. Maugué et R. Schwartz. Au contraire de l'inexistence matérielle, il y a bien ici volonté d'émettre un acte administratif, mais sans intention de lui faire produire son effet ordinaire et principal.

(121) Ce qui explique peut-être que le Conseil d'État vise le plus souvent cette inexistence juridique sous l'expression « nul et non venu », et parfois même sous les termes « nul et de nul effet » : e.g. CE, sect., 4 juill. 1980, n° 16377, *Zemma*, Rec., p. 300, concl. A. Bacquet ; *AJDA* 1980, p. 640, obs. M.-A. Ferrer et M. Robineau. Comp. D. POUYAUD, *La nullité des actes administratifs*, LGDJ, Bibl. dr. pub., t. 158, 1991, n° 618, pp. 401-402, qui porte la même appréciation, mais à propos de l'inexistence matérielle, estimant que la « théorie de l'inexistence matérielle [...] se confond avec celle de la nullité. » S'infiltrant ainsi de toute part, la nullité attire encore l'inexistence à elle hors de ce système. V. par ex. CE, 11 mars 1921, *Sieur Vitalis*, Rec., p. 301, selon lequel un contrat contraire aux bonnes mœurs est réputé juridiquement inexistant. Le moins que l'on puisse dire, est que cet arrêt a fait « une application enthousiaste » de la théorie de l'inexistence (selon l'expression de B. PLESSIX, *op. cit.* (*supra*, note 108), n° 97, p. 115). V. égal. CE, 20 mai 1988, n° 59657, *M^{me} Nardin*, Rec., p. 198, décidant qu'un arrêté pris en exécution d'un premier arrêté annulé « doit être déclaré inexistant et réputé nul et de nul effet », alors que, vicié par un objet devenu impossible, on aurait mieux jugé qu'il était simplement nul.

(122) La doctrine ne se dissimule d'ailleurs pas le constat. V. ainsi P. WEIL, art. préc. (*supra*, note 107), pp. 53-54, puis p. 56, où l'auteur finit par revenir à la distinction de Georges Vedel : « La notion d'inexistence constitue un exemple frappant de notion fonctionnelle » plutôt que conceptuelle. Et encore M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT et al., *loc. cit.* (*supra*, note 110), p. 540, § 7, où les auteurs concluent : « La théorie de l'inexistence apparaît ainsi comme une construction essentiellement empirique : le juge en a une conception non pas doctrinale, mais utilitaire ; elle est pour lui un moyen pratique de renforcer, dans des cas tout à fait exceptionnels qu'il détermine lui-même, le contrôle juridictionnel qu'il exerce sur l'administration. » Et l'observation n'a pas échappé aux civilistes. V. ainsi J. HAUSER, *op. cit.* (*supra*, note 19), n° 73, p. 110 : « le droit administratif a vu l'essor de la notion mais, de par l'utilisation qu'on en voulait faire, la notion a été sensiblement détournée de son sens originare. N'ayant point à tourner la maxime « pas de nullité sans texte » la jurisprudence administrative a eu recours à la notion sur le plan du contentieux pour permettre la compétence des tribunaux administratifs et judiciaires et pour permettre l'annulation de l'acte après l'écoulement du délai de recours. On est donc parti en droit administratif directement de la notion fonctionnelle sans chercher d'abord, comme en droit civil, un rapport avec la nature des choses. »

de la théorie en droit civil ⁽¹²³⁾.

Au-delà du droit administratif, mais en droit public toujours, l'inexistence a connu son heure en droit constitutionnel, lorsque la doctrine s'est interrogée sur la possibilité de l'appliquer à la loi afin, notamment, de permettre au juge judiciaire ou administratif d'en écarter l'application ⁽¹²⁴⁾. Les auteurs ont ainsi mis au jour, à fin d'illustration, le cas d'une loi publiée au *Journal officiel* sans avoir été votée par le Sénat ⁽¹²⁵⁾, ou encore celui d'une autre votée en des termes différents par les deux chambres ⁽¹²⁶⁾. On pourrait également envisager l'hypothèse de la loi non promulguée, ou encore de celle non publiée, mais il semble que l'on serait plus vraisemblablement alors en présence d'une loi inefficace plutôt que proprement inexistante, aussi vrai que c'est toujours une loi que l'on promulgue ou que l'on publie. Quant à la faculté accordée au juge judiciaire ou administratif d'écarter une loi dont il constaterait l'inexistence, elle doit être contenue à sa juste mesure : lié par le texte, il n'est pas juge de ses conditions d'élaboration, de telle sorte qu'il ne pourrait refuser d'appliquer la loi que pour autant que sa cause d'inexistence serait manifeste. Pour lui comme pour tout justiciable, seule l'apparence vaudra.

La notion fut sollicitée à peine plus tardivement en droit international public, où on l'évoqua à propos des traités internationaux ainsi que des jugements ou sentences arbitrales ⁽¹²⁷⁾. Les premiers seraient ainsi inexistants plutôt que nuls dans le cas d'un accord signé par un représentant sans pouvoir, plénipotentiaire apparent, ou d'un émissaire véritable mais ayant dépassé les termes de sa procuration ⁽¹²⁸⁾. Et ils le seraient également dans l'hypothèse plus particulière de l'accord passé par l'État membre d'une fédération, seule pourvue du *jus tractuum* ⁽¹²⁹⁾. Le défaut de pouvoir constituerait de la même manière la cause principale d'inexistence de la sentence arbitrale, alors rendue par un arbitre en l'absence de toute convention des parties sur sa désignation ⁽¹³⁰⁾, ou même de la décision

(123) V. *infra*, n° 8.

(124) « La loi inexistante s'opposerait donc à la loi inconstitutionnelle comme en droit administratif l'acte inexistant s'oppose à l'acte nul » : J.-M. AUBY, *op. cit.* (*supra*, note 103), p. 28.

(125) Au JO du 25 févr. 1908, cité par L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 1^{re} éd., A. Fontemoing, 1911, t. I, n° 38, p. 160.

(126) V. G. JÈZE, « Une loi inexistante », *RDP* 1915, p. 575, à propos de la loi du 5 août 1914.

(127) Sur la question, v. en particulier G. MORANGE, « Nullité et inexistence en Droit international public », in *La technique et les principes de droit public – Études en l'honneur de Georges Scelle*, LGDJ, 1950, t. II, pp. 895-909, spéc. p. 901, où l'auteur note de façon générale que « L'opposition entre les conditions d'existence et les conditions de validité vaut pour tous les actes, quelle que soit la nature des rapports qu'ils sont appelés à régir. La frontière entre l'inexistence et la nullité sera, certes, difficile à tracer en Droit international public, mais il en est de même en Droit civil et en Droit public interne. »

(128) V. par ex. P. GUGGENHEIM, « La validité et la nullité des actes juridiques internationaux », *Rec. cours Acad. dr. int.*, La Haye, t. 74, 1949, vol. I, pp. 195-268, spéc. p. 205.

(129) V. en ce sens J. H. W. VERZIJL, « La validité et la nullité des actes juridiques internationaux », *Rev. dr. int.* 1935, t. I, pp. 284-339, spéc. pp. 299-300, note 10, d'après la doctrine allemande.

(130) Sur quoi, v. G. DE LA PRADELLE, « L'excès de pouvoir de l'arbitre », *Rev. dr. int.* 1928, t. II, pp. 5-64 ; G. MORANGE, art. préc. (*supra*, note 127), pp. 904-905. Comp. A. BALASKO, *Causes de nullité de la sentence arbitrale en droit international public*, A. Pedone, 1938, qui semble ignorer la question.

juridictionnelle, prononcée par une personne dépourvue de la qualité institutionnelle de juge ⁽¹³¹⁾.

Il était dès lors naturel, sur de tels précédents, que la théorie s'insinuât jusqu'en droit communautaire. La Cour de justice en a ainsi fait usage afin de poser exception à la provision due aux actes de la Communauté ainsi qu'au délai de contestation de deux mois qui court du jour de leur publication ou notification ⁽¹³²⁾ tel qu'institué par les traités européens ⁽¹³³⁾. Sa cause la plus probable tiendrait en réalité dans une usurpation du pouvoir de décision, que la complexité des règles institutionnelles rend toujours possible ⁽¹³⁴⁾.

On en trouve également trace en droit fiscal, où l'acte inexistant, distingué de l'acte nul, prend le nom d'acte imparfait, lequel, à la différence du second, ne donnerait pas lieu au paiement des droits d'enregistrement, ou du moins pas ceux de l'acte parfait ⁽¹³⁵⁾. Si aucun acte n'existe, il n'est aucun droit à percevoir ; s'il existe en tant que projet, on ne pourra tout au plus l'enregistrer qu'en tant que tel ⁽¹³⁶⁾.

(131) V. sur ce point J. L. BRIERLY, « The Hague Convention and the nullity of arbitral awards », *British Year Book of International Law*, 1928, pp. 114-117, qui distingue ce cas de figure de la simple incompétence du juge ; J. BASDEVANT, G. JÈZE et N. POLITIS, « Les principes juridiques sur la compétence des juridictions internationales », *RDP* 1927, pp. 44-52, spéc. p. 49 : « la sanction de l'usurpation de pouvoir est beaucoup plus énergique que celle de l'incompétence. La sanction de la violation d'une règle de compétence est la nullité juridique de la décision. La sanction de l'usurpation de pouvoir est l'inexistence juridique de la décision. » Adde l'opinion du juge C. G. WEERAMANTRY, dans l'arrêt rendu par la Cour internationale de justice le 12 novembre 1991 (*Sentence arbitrale du 31 juillet 1989 entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, *Rec.* 1991, p. 53 et s., spéc. p. 155) : « L'acte inexistant n'est pas un acte du tout. Une personne n'ayant aucun pouvoir judiciaire qui prétendrait rendre une décision judiciaire produirait une « décision » qui pourrait être qualifiée d'inexistante. »

(132) V. ainsi CJCE, 26 févr. 1987, aff. 15/85, *Consorzio cooperative d'Abruzzo*, *Rec.*, p. 1005, § 10 : « en ce qui concerne l'inexistence, il y a lieu de relever que, comme dans les droits nationaux des divers États membres, un acte administratif, même irrégulier, jouit, en droit communautaire, d'une présomption de validité, jusqu'à ce qu'il ait été annulé ou retiré régulièrement par l'institution dont il émane. Qualifier un acte d'inexistant permet de constater, en dehors des délais de recours, que cet acte n'a produit aucun effet juridique. Pour des raisons de sécurité juridique manifestes, cette qualification doit, dès lors, être réservée, en droit communautaire, comme elle l'est dans les droits nationaux qui la connaissent, aux actes affectés de vices particulièrement graves et évidents. » ; puis 15 juin 1994, *Commission c. BASF et autres*, aff. C-137/92 P, *Rec.*, p. 2555, § 44 et s., spéc. § 49 : « les actes entachés d'une irrégularité dont la gravité est si évidente qu'elle ne peut être tolérée par l'ordre juridique communautaire doivent être réputés n'avoir produit aucun effet juridique, même provisoire, c'est-à-dire être regardés comme juridiquement inexistantes. » En insistant sur le caractère manifeste du vice, la Cour de justice paraît reprendre à son compte l'opinion selon laquelle la sanction consistant à ne prêter aucune foi à l'acte dépend de l'apparence constituée plus que de la nature du grief. Sur quoi, v. déjà *supra*, *eod. num.*, spéc. note 103.

(133) Traité CE, art. 230, puis Traité FUE, art. 263, dern. al.

(134) V. en ce sens M. VAN EMPEL, « L'acte public inexistant et le droit communautaire », *Cab. dr. eur.* 1971, pp. 251-283, spéc. pp. 259-260 et 270 ; M.-Ch. BERGERÈS, « La théorie de l'inexistence en droit communautaire », *RTD eur.* 1989, pp. 393-437 et 647-679, spéc. p. 653. Rapp. égal. A. KALOGEROPOULOS, « Eléments de l'application de la théorie de l'inexistence des actes juridiques en droit communautaire », in *État, Loi, Administration – Mélanges en l'honneur de Epaminondas P. Spiliotopoulos*, Sakkoulas, Athènes, et Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 181-201.

(135) V. not. G. LAGARDE, *Cours d'enregistrement*, Les Cours de droit, Paris, 1958-1959, p. 153 ; *Lamy Fiscal*, t. 2, Lamy, 2009, nos 6971 à 6973, p. 990.

(136) V. ainsi E. PILON, *Principes et techniques des droits d'enregistrement*, t. I, *Les principes*, Dalloz, 1929, nos 522 à 524, p. 267 : « En droit civil, sauf pour le mariage, la distinction des actes inexistantes et des actes nuls d'une nullité absolue n'est pas faite par tout le monde et, en effet, elle ne paraît pas, au point de vue civil, avoir des raisons pratiques pour s'imposer. En droit fiscal, par contre, la distinction est certaine et fort nette : sur l'acte nul est exigible le droit auquel il est assujéti d'après sa nature ; sur l'acte imparfait, présenté à la formalité, le receveur ne peut percevoir que le droit fixe des actes innomés. Qu'est-ce donc qu'un acte imparfait ? – C'est l'opération juridique à laquelle l'un des éléments essentiels à son existence fait défaut. Elle n'a d'un acte juridique que les apparences extérieures. [...] L'acte peut être imparfait quant au fond ou quant à la forme. – Dans le premier cas, c'est un élément essentiel à l'existence de (suite p. suiv.) »

En droit des sociétés même, la théorie de l'inexistence permettrait, outre de dépasser une limitation très relative des causes de nullité⁽¹³⁷⁾, de s'affranchir des restrictions de son régime⁽¹³⁸⁾ tenant notamment à un délai abrégé de prescription⁽¹³⁹⁾, à son caractère non rétroactif⁽¹⁴⁰⁾ voire encore à son inopposabilité aux tiers⁽¹⁴¹⁾. Et il faudrait encore étudier en dernier lieu le droit de la copropriété des immeubles bâtis, pour constater que celui-ci en excipe à son tour pour justifier de soustraire l'action en déclaration de clauses réputées non écrites à la prescription décennale de l'article 42 de la loi du 10 juillet 1965⁽¹⁴²⁾,

l'opération juridique qui fait défaut. Telle serait la vente sans le consentement réciproque des deux parties, sans prix ou sans objet, la donation non acceptée par le donataire. »

(137) Sur quoi, v. *supra*, n° 4, *in fine*, spéc. note 46. Sur les causes d'inexistence propres au contrat de société, v. *infra*, n° 390.

(138) En faveur de cette introduction de l'inexistence en droit des sociétés, v. not. J. CALAIS-AULOY, *in Rép. sociétés*, Dalloz, v° Société fictive, 1971, n° 3 ; J.-P. SORTAIS, note sous CA Rouen, 6 juin 1973, *Rev. sociétés* 1974, p. 747 ; M. JEANTIN, note sous 1^{re} civ., 23 mai 1977, *D.* 1978, p. 89, puis E. ALFANDERI et M. JEANTIN, obs. sur Com., 19 déc. 1983, *RTD com.* 1984, p. 477 ; Y. CHARTIER, *Droit des affaires*, t. 2, *Sociétés commerciales*, 3^e éd., PUF, 1992, n° 70, p. 158, et n° 72, p. 161 ; J. STOUFFLET, *in J.-Cl. Sociétés*, fasc. 7 ter, « Sociétés fictives et frauduleuses », n° 139 ; Th. BONNEAU, note sous CA Paris, 1^{er} déc. 1992, *Dr. sociétés* 1993, n° 48. Plus partagé, v. P. LE CANNU, « Inexistence ou nullité des sociétés fictives », *Bull. Joly* 1992, § 274, pp. 875-880.

(139) Pour cette extraction de la société inexistante hors du domaine des articles 1844-14 du Code civil et L. 235-9 du Code de commerce : 3^e civ., 22 juin 1976, *Alphazan*, pourvoi n° 74-10119 ; *D.* 1977, p. 619, note P. Denier. Et *a contrario* : CA Paris, 1^{er} déc. 1992, *Dr. sociétés* 1993, n° 48, note Th. Bonneau ; *Rev. sociétés* 1993, p. 132, note Y. Guyon ; *Bull. Joly* 1993, p. 323, note B. Saintourens, qui soumet l'action à ces dispositions au motif que la société fictive est une société nulle et non inexistante. Comp. cep. 3^e civ., 5 juill. 1989, *Bull.*, III, n° 160, qui s'en tient à la prescription triennale de l'article 1844-14 malgré un moyen qui arguait de l'inexistence juridique de l'acte du dirigeant. Au crédit de l'inexistence, il faudrait encore y ajouter le cas des clauses réputées non écrites du contrat de société, dont le constat échapperait lui encore, et pour la même raison, à cette prescription abrégée, sinon même à tout délai : en ce sens, v. ainsi Ch. HANNOUN, « Remarques sur la prescription de l'action en nullité en droit des sociétés », *Rev. sociétés* 1991, pp. 45-66, nos 7 à 9, pp. 49-52 ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 22^e éd., Litec, 2009, n° 160, p. 76.

(140) V. Com., 19 déc. 1983, *Méglio*, *Bull. Joly* 1984, § 105-I, p. 295 ; *RTD com.* 1984, p. 477, obs. E. Alfandari et M. Jeantin, qui constate l'inexistence de la société pour priver rétroactivement de cause une cession de parts sociales et commander ainsi la restitution de son prix, nonobstant les dispositions des articles 1844-15 du Code civil et L. 235-10 du Code de commerce. Et *a contrario* : Com., 22 juin 1999, *Soc. Kreditanstalt*, *Bull.*, IV, n° 136 ; *Dr. sociétés* 1999, n° 143, note Th. Bonneau ; *Bull. Joly* 1999, § 229, p. 978, note A. Couret ; *Rev. sociétés* 1999, p. 824, note A. Constantin ; *RTD com.* 1999, p. 903, obs. Y. Reinhard ; *Deffrénois* 1999, p. 1195, obs. H. Hovasse ; *JCP* 2000, II, 10226, note J. Menjucq ; *D.* 2000, SC, p. 234, obs. J.-C. Hallouin, et p. 389, note S. Piedelièvre, qui juge « qu'une société fictive est une société nulle et non inexistante de sorte que la sûreté réelle consentie par la société [...] avant que sa fictivité ne fût déclarée demeure valable ».

(141) Conformément aux articles 1844-16 du Code civil et L. 235-12 du Code de commerce, v. ainsi Com., 16 juin 1992, *Lumale*, *Bull.*, IV, n° 243 ; *Bull. Joly* 1992, § 274, p. 875, « Inexistence ou nullité des sociétés fictives », par P. Le Cannu, et § 313, p. 960, note P. Le Cannu ; *Dr. sociétés* 1992, n° 178, note Th. Bonneau ; *D.* 1993, p. 508, 2^e esp., note L. Collet, jugeant par un raisonnement *a contrario* que, dès lors « qu'une société fictive est une société nulle et non inexistante », les juges du fond devaient rechercher si « l'administration des Impôts n'était pas un tiers de bonne foi auquel la nullité constatée était inopposable ».

(142) V. ainsi 3^e civ., 11 janv. 1983, *Bull.*, III, n° 10 ; 13 juin 1984, *Bull.*, III, n° 115 ; *D.* 1984, SC, p. 465, obs. C. Giverdon ; *Rev. loyers* 1984, p. 379, note Berthault ; 1^{er} avril 1987, *Bull.*, III, n° 69. Rapp. pour l'inexistence d'une résolution prise en assemblée générale : 3^e civ., 19 déc. 2007, *Bull.*, III, n° 228 ; 30 mars 2011, *Bull.*, III, n° 54. Sans qu'il soit d'ailleurs bien compris s'il s'agit de faire retour au délai de prescription de droit commun, ou de s'autoriser à déclarer cette action imprescriptible. En ce dernier sens peut-être : 3^e civ., 9 mars 1988, préc. (*supra*, note 21) : « tout copropriétaire intéressé peut, à tout moment, faire constater l'absence de conformité des clauses du règlement de copropriété aux dispositions légales » ; puis 26 avril 1989, *Bull.*, III, n° 93 ; 12 juin 1991, *Bull.*, III, n° 170 ; *Deffrénois* 1991, p. 1017, obs. H. Souleau ; *D.* 1992, SC, p. 135, obs. C. Giverdon ; 9 juin 1999, pourvoi n° 98-10801 ; *Loyers et copr.* 1999, n° 226, obs. G. Vigneron ; *AJDI* 1999, p. 821. Plus explicite cep. : CA Paris, 17 juin 2004, *Loyers et copr.* 2004, n° 171, obs. G. Vigneron. Comp. pour l'application du délai trentenaire de droit commun : CA Versailles, 11 avril 1988, *D.* 1988, IR, p. 149 ; et 2 juin 1995, *Rev. buiss.*

(suite p. suiv.)

cette sanction se trouvant ainsi assimilée à une forme d'inexistence⁽¹⁴³⁾.

Si bien qu'il est finalement peu de domaines dans lesquels l'inexistence ne se soit aventurée. Partout en somme où la nullité se retire, l'inexistence semble devoir être appelée à occuper le vide ainsi abandonné à sa conquête⁽¹⁴⁴⁾. L'inconvénient d'une telle méthode est que l'inexistence s'avance généralement alors pour ce qu'elle n'est pas, comme un concept débordant son domaine naturel, hors duquel elle n'est plus que le succédané d'une sanction défailante⁽¹⁴⁵⁾.

7. La multiplication des causes d'inexistence – L'expansion de la théorie n'a pas uniquement eu lieu hors du droit français des contrats : en son sein même, ses promoteurs voulurent en multiplier les causes. Dès l'origine, les cas invoqués pour illustration laissaient voir que le concept ne fut jamais parfaitement distingué de la nullité absolue à laquelle il s'était jusqu'alors confondu. L'appliquant rigoureusement au contrat conclu par un enfant en bas âge⁽¹⁴⁶⁾, AUBRY et RAU en usèrent aussi bien pour le contrat pourvu d'un objet inexistant, impossible ou indéterminé⁽¹⁴⁷⁾, que pour celui privé de cause⁽¹⁴⁸⁾. Quant à

1995, p. 1262 ; CA Paris, 7 déc. 1988, *Loyers et copr.* 1989, n° 90 ; 5 juin 1992, *Administrer*, mai 1993, p. 55 ; 12 févr. 1993, *Administrer*, déc. 1993, p. 53. Si la première solution serait tout à fait exorbitante (sur quoi, v. déjà *supra*, n° 5, *in fine*), la seconde en deviendrait aberrante, à présent qu'il s'agirait d'échapper à une prescription décennale jugée trop brève pour retomber dans un délai de prescription de droit commun de... cinq ans (C. civ., art. 2224 nouv.).

Mais le régime dérogatoire paraît s'arrêter là. Ainsi la clause réputée non écrite ne fait-elle pas exception au principe selon lequel la nouvelle répartition résultant d'une irrégularité du règlement ne prend effet qu'au jour du jugement qui l'ordonne : 3^e civ., 16 juill. 1975, *Bull.*, III, n° 256 ; 3 mai 1990, *Bull.*, III, n° 106 ; 3 juill. 1996, *Bull.*, III, n° 171 ; 11 juill. 2001, *AJDI* 2001, p. 805 ; 7 avril 2004, *Bull.*, III, n° 74. *Contra* cep. 3^e civ., 9 juin 1999, préc. Dans le même ordre d'idée, ces clauses seraient également soumises au privilège de l'exécutoire que la jurisprudence paraît vouloir accorder aux dispositions du règlement de copropriété. V. ainsi, appliquant cette même solution à la clause réputée non écrite : 3^e civ., 21 juin 2006, *Bull.*, III, n° 159 ; D. 2006, pan., p. 2184, obs. Ch. Atias, jugeant que « les clauses du règlement de copropriété doivent recevoir application tant qu'elles n'ont pas été déclarées non écrites par le juge ».

(143) Pour ce rapprochement entre clause réputée non écrite et inexistence, v. J. KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », D. 1993, chr., pp. 59-66 ; J.-M. GÉLINET, « Clauses réputées non écrites et copropriété », *Administrer*, févr. 1999, pp. 30-34, spéc. p. 31 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les Obligations*, 22^e éd., PUF, 2000, n° 104, p. 204. Plus réservée : S. GAUDEMET, *op. cit.* (*supra*, note 20), nos 138 à 141, pp. 79-80, mais sur le fond d'une critique adressée à la notion d'inexistence elle-même.

(144) Sur ce constat, v. déjà G. DURRY, *loc. cit.* (*supra*, note 67) ; J. GHESTIN, *loc. cit.* (*ibid.*) ; D. VEAUX, art. préc. (*supra*, note 63), n° 3, p. 3. Et encore R. PERROT, obs. sur Soc., 6 févr. 2003, *RTD civ.* 2003, p. 351, au sujet encore de l'inexistence : « toutes les fois que les textes se font trop rigides, on voit braconner, sur les confins, des soupapes de sécurité d'autant plus disponibles que leurs contours sont plus imprécis. »

(145) Ce succès de la théorie de l'inexistence montre au moins une chose : l'imperfection de la théorie des nullités dans tous ces domaines, supportant mal les restrictions qu'on lui impose. Sur quoi, v. *infra*, n° 400.

(146) Ch. AUBRY et Ch. RAU, *op. cit.* (*supra*, note 23), t. I, 1839, § 37, pp. 66-67 : « L'acte nul diffère essentiellement de l'acte inexistant. L'acte inexistant est celui qui ne réunit pas les conditions essentielles à son existence de fait d'après les notions du droit philosophique, ou qui n'a pas été accompagné des solennités indispensables pour lui donner une existence juridique d'après l'esprit du droit positif. On doit par exemple considérer comme inexistant, sous le premier point de vue, la convention conclue avec un enfant qui n'a point atteint encore l'âge de raison, et le contrat de vente, lors de la passation duquel, la chose vendue avait péri en totalité. »

(147) *Eod. loc.*, *in fine* ; et t. II, 1839, § 344, p. 472 : « Un contrat qui manque absolument d'objet ou qui n'a pour objet qu'une prestation physiquement impossible, est à considérer comme inexistant. Il en est de même du contrat dont l'objet n'est pas déterminé, au moins quant à son espèce. » ; puis § 349, p. 486 : « Lorsque, au moment de la conclusion du contrat, la chose vendue n'existe plus, la vente est à considérer comme non avenue. [...] Il faut, en outre, qu'il puisse y avoir, au profit de l'acheteur, transmission de propriété de la chose vendue : si l'acheteur était déjà propriétaire de cette chose, la vente serait à considérer comme non avenue. »

l'hypothèse du défaut de formes, si elle se justifiait encore pour le cas particulier du mariage⁽¹⁴⁹⁾, elle devait finir, ailleurs, par déborder de beaucoup le cadre étroit de l'inexistence en droit commun des contrats⁽¹⁵⁰⁾.

Lorsqu'une trentaine d'années plus tard viendra ainsi l'heure pour ces mêmes auteurs de mettre la main à leur dernière édition, l'inexistence recouvrira dans sa quasi-totalité le domaine de la nullité : s'il y sera pertinemment précisé que la notion a vocation à sanctionner le défaut de consentement des parties⁽¹⁵¹⁾, c'est pour mieux l'appliquer dans le même temps à l'objet ou à la cause illicite⁽¹⁵²⁾, à la chose hors du commerce⁽¹⁵³⁾, ou encore, mais par voie de conséquence alors, au pacte sur succession future⁽¹⁵⁴⁾. Entre-temps d'ailleurs, dans l'autre traduction que MASSÉ et VERGÉ proposèrent du traité de Zachariä⁽¹⁵⁵⁾, on y ajoutait que l'inexistence devrait également concerner le défaut de pouvoir de représentation, ce qui semble peu contestable⁽¹⁵⁶⁾, le défaut de prix, ce qui l'est déjà plus, et même la vente d'une chose inexistante⁽¹⁵⁷⁾, ce dont on ne convaincra guère⁽¹⁵⁸⁾.

Déjà considérablement enflée par ses géniteurs, la théorie de l'inexistence va trouver d'autres relais chez des auteurs à l'enthousiasme pourtant plus tempéré. Chez ceux-là mêmes en effet qui distinguent parfois l'inexistence de la nullité absolue tout en prétendant ne

(148) *Ibid.*, § 345, p. 475 : « Les conventions destituées de cause doivent être considérées comme juridiquement inexistantes, et ne peuvent avoir aucun effet. Art. 1131. »

(149) *Id. auct., loc. cit. (supra, note 146)* : « On peut citer comme exemple d'acte inexistant sous le second point de vue, un mariage resté incomplet, parce que l'officier de l'état civil n'a point prononcé au nom de la loi l'union des deux époux. »

(150) Retombant ainsi, sous l'examen du droit des contrats, dans des cas de nullité absolue, il est à craindre que ces auteurs eux-mêmes n'aient pas été parfaitement conséquents avec leur propre théorie, plus imbus à cet endroit de la tradition juridique qu'ils ne le seront au tome suivant lorsqu'il s'agira de mieux distinguer, cette fois, les causes d'inexistence du mariage de ses causes de nullité : *loc. cit., supra, note 26*. Les éditions ultérieures de leur traité ne feront que conforter ce sentiment : v. *infra, eod. num.*

(151) Ch. AUBRY et Ch. RAU, *op. cit. (supra, note 38)*, § 37, p. 119, note 3.

(152) Pour l'objet illicite : *loc. cit. (supra, note 19)*. Pour la cause illicite : *op. cit. (ibid.)*, § 337, 1^o, p. 262, et § 345, p. 323.

(153) *Ibid.*, § 344, pp. 314-315 : « On doit assimiler aux conventions dépourvues d'objet les contrats dont l'objet consisterait dans une chose placée hors du commerce. Art. 1128. Ces contrats sont, à l'instar des conventions de la première espèce, à considérer comme non avenus. »

(154) *Ibid.*, § 339, p. 271, note 3 ; puis § 344, p. 317, et note 15 : « Les successions non encore ouvertes, quoique n'étant pas, à vrai dire, placées hors du commerce, ne sont pas non plus, du moins en général, susceptibles de former l'objet d'une convention. Art. 791, 1130 et 1600. La violation de cette règle doit faire considérer comme non avenue, la convention dans laquelle elle a été enfreinte. — C'est à tort que Zachariä (345, texte et note 9) ne l'envisage que comme simplement entachée de nullité. » Rapp. en même sens Civ., 8 nov. 1842, S. 1843, I, col. 33 : « les actes d'aliénation de droits éventuels à la succession d'une personne vivante, sont considérés par la loi comme n'existant pas ».

La conférence de ces développements avec ceux de la première édition est à cet égard particulièrement édifiante. Voici ainsi ce que l'on lit au § 344, page 472 du tome II paru en 1839 : « Un contrat qui, d'après ce qui précède est à considérer comme existant, n'est valable qu'autant que la prestation qui en forme la matière, est licite. Ainsi, on doit regarder comme entaché de nullité : 1^o les contrats qui contiennent aliénation, soit de choses d'autrui, soit de choses qui ne sont pas dans le commerce ; 2^o ceux qui sont relatifs à la succession d'une personne vivante ».

(155) G. MASSÉ et Ch. VERGÉ, *op. cit. (supra, note 23)*, § 35, p. 45.

(156) V. *infra*, n^o 172.

(157) En même sens pourtant, v. L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, 2^e éd., G. Pedone-Lauriel, 1885, t. V, art. 1304, n^o 13, p. 290.

(158) Si l'on peut encore déduire du défaut de prix l'absence de consentement définitif des parties à la vente, l'inexistence de la chose vendue, qui pourrait plus facilement échapper à leur vigilance, ne remettra pas en cause leur volonté de contracter, et donc l'existence du contrat. Sur ce point, v. *infra*, n^o 360, spéc. note 171.

l'admettre qu'avec réserve, on peut ainsi lire que la première serait en outre destinée à sanctionner l'incapacité des parties⁽¹⁵⁹⁾, le défaut de toutes formes non probatoires⁽¹⁶⁰⁾, ou encore l'obligation contractée sous une condition purement potestative⁽¹⁶¹⁾. Si bien que, lorsque vint l'heure pour la doctrine de se pencher sur cette théorie déjà séculaire pour en dresser le bilan, le constat s'imposa de lui-même : « *de fait, on assiste chez les auteurs classiques à une transfusion constante de la catégorie des nullités absolues qui se vide peu à peu à celle de l'inexistence, qui se gonfle démesurément.* »⁽¹⁶²⁾

8. Le triomphe de la critique – Après une telle expansion, la critique put s'exercer pleinement, sur chacune de ces outrances comme sur la théorie dans son ensemble. Pour dénoncer l'artifice du prétexte d'abord : puisque le principe selon lequel les nullités ne se suppléent point n'a en réalité aucune consistance, la notion d'inexistence s'avérerait d'emblée inutile⁽¹⁶³⁾. Pour condamner la dispersion du concept ensuite⁽¹⁶⁴⁾, autant que l'extravagance de ses effets⁽¹⁶⁵⁾. L'inexistence était bien devenue à ce stade « *la folle du*

(159) V. en ce sens V. MARCADÉ, *op. cit.* (*supra*, note 19), n° 393, pp. 341-342, par une probable assimilation de l'incapacité juridique à une incapacité naturelle : « *la capacité de consentir est forcément essentielle à l'existence même du contrat ; son absence produisant nécessairement absence de consentement et dès lors absence de convention, il est palpable qu'il n'y aurait pas lieu de faire briser dans un certain délai un contrat qui n'existe pas. Ainsi, qu'un jeune enfant, un fou, un homme ivre au point de n'avoir plus sa raison, un malade en délire, signe un acte de vente, il est clair qu'il n'y a rien de fait, et que le prétendu contrat se trouve radicalement et éternellement nul.* »

(160) V. ainsi C. BUFNOIR, *op. cit.* (*supra*, note 19), XXXIV^e leçon, p. 492 : « *Toutes ces formalités [C. civ., art. 931, 932, 933 et 948] sont exigées pour l'existence même de la donation ; s'il n'y a pas été satisfait, il ne faut pas dire que la donation est frappée de nullité, mais qu'il n'y a point de donation du tout.* » Alors que, plus loin, l'auteur dégage parfaitement, tout en l'estimant inutile, l'inexistence de la nullité absolue (p. 647). V. égal. J. BONNECASE, *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie*, t. III, Sirey, 1926, n° 75, p. 126, pour qui la forme notariée est une véritable condition d'existence, et non de validité, de la donation et du contrat de mariage ; et L. JOSSERAND, *op. cit.* (*supra*, note 35), n° 153, 2^o, p. 113, qui voit à son tour dans l'acte notarié une condition constitutive de la donation et du testament, après avoir exactement défini l'inexistence deux pages plus haut.

(161) V. par ex. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, t. II, préc. (*supra*, note 19), n° 76, p. 68 : « *Dans une opération synallagmatique, l'obligation soumise à une condition potestative de la part de son débiteur n'existe pas, faute d'une volonté suffisante de s'engager.* » Sur cette prétendue cause d'inexistence, v. *infra*, n° 288 et s.

(162) G. DURRY, art. préc. (*supra*, note 53), p. 615. Sur cette évolution, v. égal. G. LUTZESCO, *op. cit.* (*supra*, note 70), pp. 177-179.

La confusion a probablement atteint son comble lorsque fut promulgué en 1932 le Code libanais des obligations et des contrats. Celui-ci sanctionne en effet d'inexistence le défaut d'objet (art. 188, al. 1^{er}, le suivant ne fulminant plus qu'une nullité absolue contre la renonciation à une succession future), mais de nullité l'objet impossible ou illicite (art. 191 et 192) ; de même qu'il sanctionne d'inexistence le contrat dont « *L'obligation [est] sans cause, ou dont la cause est erronée ou illicite* » (art. 196), tout en disposant que « *l'acte est radicalement nul* » (art. 201) lorsque est illicite la « *cause du contrat* », comprise comme « *le mobile individuel qui a incité la partie à le conclure et qui ne fait point partie intégrante de l'acte* » (art. 200). Il est douteux que sur tous ces points le législateur libanais soit resté parfaitement fidèle au projet que lui avait soumis Louis JOSSERAND, dont le traité est un des plus précis qui soient sur la question de l'inexistence : *op. cit.* (*supra*, note 35), spéc. nos 140 à 143, pp. 104-105.

(163) V. par ex. G. RAYMOND, *Le consentement au mariage*, th. Poitiers, 1959, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 62, 1965, p. 70 : « *Le principe « pas de nullité sans texte » pouvait donc être réfuté sans donner naissance à la théorie de l'inexistence. Cette base disparue, la théorie de l'inexistence devient inutile.* »

(164) V. not. P. ESMEIN, in *Traité pratique de droit civil français*, dir. G. Ripert, 2^e éd., LGDJ, t. VI, *Obligations*, 1952, n° 285, p. 365 : « *Malgré la logique apparente de la théorie des actes inexistant, il y a peu de chose à en retenir. C'est à tort que l'on a voulu transformer de nombreux cas de nullité en cas d'inexistence, à plus forte raison absorber dans l'inexistence tous les cas de nullité absolue.* »

(165) Sur cette critique, v. C. BUFNOIR, *op. cit.* (*supra*, note 19), XLVII^e leçon, pp. 647-648 : « *Donc en matière de contrats, ou plutôt d'actes juridiques, je crois qu'il n'y a pas à distinguer entre un acte radicalement nul ou un acte* »
(suite p. suiv.)

logis »⁽¹⁶⁶⁾ doctrinal, s'affairant partout où elle n'était pas attendue. Si bien que le mot de la fin semblait avoir été prononcé par Georges DURRY⁽¹⁶⁷⁾, pour qui « *Il ne s'agit donc pas d'une catégorie logique, mais d'une catégorie pratique.* »

Or on se propose de démontrer ici l'exact contraire : l'inexistence n'a rien d'une catégorie pratique, et tout d'une catégorie logique. Elle ne sert aucune fin, et elle est pourtant incontournable. Le principe de la critique était certainement juste, mais celle-ci s'est trompée d'objet, visant le tout pour en écarter la partie. Le mal est connu : toute notion mal définie prête à abus, par là à sa critique, et finalement à son rejet. Le remède ne l'est pas moins : s'attacher à mieux définir la notion, c'est-à-dire aussi plus strictement, dans son domaine comme dans son régime.

9. Le renouveau contemporain de l'inexistence – Un autre regard paraît ainsi se poser aujourd'hui sur l'inexistence. Longtemps délaissée, sinon même tenue pour défunte, on constate en effet que sourd à nouveau la théorie dans les écrits les plus récents : une thèse de doctorat d'abord⁽¹⁶⁸⁾, puis plusieurs articles⁽¹⁶⁹⁾, dont un ayant eu les honneurs

inexistant, c'est au fond la même chose. – Il y a des matières où il peut y avoir lieu de tenir compte de cette triple distinction en fait de nullité, de telle sorte qu'il y aurait l'inexistence, la nullité relative et la nullité absolue ; par exemple pour le mariage ; mais ici je la repousse absolument. » ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, dir. G. Baudry-Lacantinerie, 3^e éd., L. Larose et L. Tenin, t. XIV, *Des obligations*, t. III, 1908, n° 1931, pp. 272-273 ; J. LOYER, *op. cit.* (*supra*, note 22), p. 166 s., spéc. pp. 203-204 : « *cette mise au point, c'est en vain que nous l'avons cherchée dans nos ouvrages classiques. Pourquoi, dès lors, garder une expression fautive et dangereuse ? Qu'on l'efface et qu'on l'oublie purement et simplement.* » ; Ch. BEUDANT, *op. cit.* (*supra*, note 37), t. VIII, *Les contrats et les obligations*, 1936, collab. G. Lagarde : « *Les partisans de la théorie des actes inexistantes n'arrivent pas, d'ailleurs, à se mettre d'accord sur le critérium permettant de distinguer l'inexistence de la nullité absolue, non plus que sur les différences qui peuvent exister entre l'inexistence et la nullité absolue au point de vue de leurs effets* » ; G. LUTZESCO, « La critique de la théorie des actes juridiques inexistantes », *RCLJ* 1939, pp. 489-540 ; G. DE LA PRADALLE, *Les conflits de lois en matière de nullités*, th. Paris, 1965, Dalloz, Bibl. dr. int. privé, t. 8, 1967, nos 60 à 96, pp. 43-64, spéc. n° 87, p. 59, l'inexistence y étant stigmatisée comme « *anachronique et dangereuse* ». Et pour les manuels contemporains : H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Obligations*, préc. (*supra*, note 20), n° 299, p. 302, qui y voient une théorie « *inutile et fautive* » ; Ch. LARROUMET, *op. cit.* (*supra*, note 20), n° 532, p. 542, qui la qualifie de « *complication inutile et illogique* » ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, 13^e éd., Sirey, 2008, n° 326, p. 283. *Adde* déjà P. ESMEIN, *loc. cit.* (*supra*, note préc.), qui n'a pas craint de pousser la critique jusqu'à l'antilogie : « *Il est clair que celui dont la signature a été imitée par un faussaire, n'est pas obligé. Mais on ne doit même pas parler d'acte inexistant, de la part de ces personnes : il n'y a pas d'acte du tout.* » – comme si l'inexistence pouvait être autre chose...

Participent du même mouvement les décisions récentes déjà citées de la Cour de cassation, qui entendent condamner la théorie de l'inexistence dans des domaines aussi divers que le droit des sociétés (Com., 16 juin 1992, préc., *supra*, note 141) ou la procédure civile (Ch. mixte, 7 juill. 2006, et 2^e civ., 17 janv. 2008, préc., *supra*, note 91).

(166) Selon l'expression de J. PELLERIN, art. préc. (*supra*, note 93), p. 380, empruntée à MALEBRANCHE, qui l'appliquait pour sa part à l'imagination. Mais celle-ci n'a jamais manqué aux zéloteurs de l'inexistence.

(167) G. DURRY, *loc. cit.* (*supra*, note 67). Rapp. C. GUELFI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, th. Paris I, 1989, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 218, 1992, n° 352, p. 208, qui dénonce « *le caractère extra-juridique d'une notion qui n'a pas sa place dans la théorie de la nullité conçue comme une sanction juridique.* »

(168) G. TAORMINA, *Contribution à l'étude de l'apparence et de l'inexistence en matière contractuelle*, th. Paris XII, 1991. V. aussi plus récemment, pour le droit public : S. BIAGINI-GIRARD, *L'inexistence en droit administratif*, th. Aix-Marseille, 2007, L'Harmattan, 2010.

(169) X. BARRE, « Nullité et inexistence ou les bégaiements de la technique juridique », *PA* 30 juill. 1993, n° 91, pp. 7-13 ; F. HAGE-CHAHINE, « La notion d'inexistence et ses intérêts pratiques », *Proche-Orient, Études juridiques – Rev. fac. dr. Univ. Saint-Joseph, Beyrouth*, n° 47, 1994, pp. 69-87, puis « Le rationnel et l'empirique dans la notion d'inexistence en matière d'actes juridiques », in *Le monde du droit – Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, pp. 529-550 ; S. GAUDET, « Inexistence, nullité et annulabilité du contrat : essai de synthèse », *McGill LJ*, vol. 40, 1995, pp. 291-363 ; V. PELTIER, « Contribution à l'étude de la notion

(suite p. suiv.)

du Rapport de la Cour de cassation⁽¹⁷⁰⁾, signe que celle-ci ne s'en est peut-être pas tout à fait désintéressée⁽¹⁷¹⁾. Au-delà même de ces travaux spécialisés, l'inexistence a fait son retour dans la doctrine la plus consultée : un récent manuel de droit des obligations lui accorde en effet une place restée longtemps inédite⁽¹⁷²⁾. Et il n'est pas jusqu'aux projets contemporains d'harmonisation du droit européen des contrats qui ne lui reconnaissent finalement son autonomie⁽¹⁷³⁾.

Ainsi précédé, le moment paraît donc venu de refaire l'examen systématique de la théorie, et de vérifier alors, autant qu'on le puisse, toute la pertinence de la notion d'inexistence.

10. L'inexistence anéantit l'apparence – Aucun acte juridique n'est certes anéanti par son inexistence : à défaut pour lui d'avoir jamais été, il n'y a fondamentalement rien à anéantir. Mais celle-ci sévit au moins sur l'apparence que l'on aurait pu y voir ; et l'apparence, en droit comme ailleurs, n'est pas tout à fait le néant⁽¹⁷⁴⁾. Dès lors que l'on admet que le droit lui prête ses forces, on doit reconnaître qu'anéantir une apparence revient à anéantir ses effets⁽¹⁷⁵⁾. Dans cette mesure, l'inexistence apparaît donc bien comme une cause d'anéantissement du contrat⁽¹⁷⁶⁾.

Elle n'en demeure pas moins une sanction à part. Toute autre cause d'anéantissement, jusqu'à la nullité de plein droit, atteint un contrat juridiquement formé, qu'il s'agit seulement de priver d'effets. On n'annule pas un acte inexistant, et l'on n'annule pas non plus une apparence, autrement qu'en constatant l'inexistence de l'acte qui la fonde.

d'inexistence en droit privé », *RRJ* 2000, pp. 937-976 ; C. WITZ, « La consécration de l'inexistence par plusieurs instruments d'uniformisation du droit », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz / Litec, 2006, pp. 729-742 ; N. RIAS, « La sanction de l'erreur-obstacle : pour un remplacement de la nullité par l'inexistence », *RRJ* 2009, pp. 1251-1273.

(170) H. ADIDA-CANAC, « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », *Rapp. C. cass.* 2004, pp. 119-149.

(171) On peut relever en ce sens une tendance actuelle de la Cour à clairement distinguer la question de l'existence d'un acte juridique de celle de sa validité. V. par ex. 1^{re} civ., 3 juin 1998, pourvoi n° 95-17384, jugeant que, malgré sa nullité, le mariage célébré en Algérie n'en avait pas moins existé et avait ainsi pu suffire à établir la filiation en application de la loi algérienne. Ou encore 2^e civ., 19 déc. 2002, *Bull.*, II, n° 292, qui censure un arrêt d'appel au motif que l'autorité de la chose jugée attachée au constat de l'existence d'un engagement n'empêche pas de contester ultérieurement sa validité.

(172) M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. I, *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2008, n° 92, pp. 212-213 ; n° 128, pp. 297-298 ; et encore n° 173, p. 431 : « Bien que la doctrine en doute parfois, l'inexistence est ainsi une sanction possible à côté de la nullité ». Seule autre exception à ce relatif désintérêt : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 4^e éd., Defrénois, 2009, n° 672, p. 336.

(173) Avant-projet de Code européen des contrats, Acad. privatistes européens, dir. G. Gandolfi, Pavie, 2001, art. 137 et 138.

(174) La tradition juridique française cultive assez l'adage *Error communis facit jus* pour ne pas l'avoir oublié. Et cet autre, plus définitif encore, est connu des juristes anglo-saxons : *Idem est esse et apparere*.

(175) V. ainsi R. JAPIOT, *op. cit.* (*supra*, note 9), p. 169, qui, critiquant par ailleurs l'hypertrophie de la théorie de l'inexistence, admet tout de même : « En fait, l'acte, si nul qu'il soit, pourra avoir une existence apparente que vainement la théorie prétendrait méconnaître ; il y aura quelque chose, et ce ne sera plus le néant. »

(176) V. not. G. TAORMINA, *op. cit.* (*supra*, note 168), spéc. n°s 19 à 25, pp. 15-17 ; F. HAGE-CHAHINE, *eod. cit.* (*supra*, note 63) : « le contrat inexistant crée une apparence qu'il faut détruire et, en dehors d'un mutus dissensus, seul le juge peut le faire. » ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *loc. cit.* (*supra*, note 172), in fine : « si l'acte avait une apparence d'acte, il faudrait recourir au juge pour le faire tomber ». Rapp. en même sens les auteurs préc., *supra*, note 63.

L'inexistence, au contraire, n'affecte jamais que cette apparence. Non seulement donc elle ne se confond pas à la nullité, mais l'une et l'autre sont radicalement antinomiques⁽¹⁷⁷⁾ : il faut d'abord avoir passé l'épreuve de sa formation pour pouvoir juger de la validité du contrat⁽¹⁷⁸⁾. L'article 1134, alinéa 1^{er}, du Code civil ne dit pas autre chose : en limitant la

(177) La doctrine est considérable : F. LAURENT, *op. cit.* (*supra*, note 35), n° 270, p. 342 : « La distinction des actes nuls et des actes inexistant conduit à distinguer les conditions requises pour l'existence des actes juridiques de celles qui sont requises pour leur validité. Il y a des conditions sans lesquelles un acte juridique ne saurait exister : si l'une de ces conditions manque, l'acte est inexistant. Il y a d'autres conditions requises pour la validité des actes ; si elles font défaut, l'acte est nul, mais il existe par cela même, parce qu'on suppose qu'il ne lui manque aucun élément requis pour son existence. » ; M. PLANIOL, *op. cit.* (*supra*, note 9), n° 346, p. 133 : « L'inexistence ainsi entendue est entièrement distincte des cas de nullité. Lorsqu'un acte est inexistant, la loi n'a pas besoin de l'annuler ; c'est un acte qui n'a pas été réellement fait et qui n'existe qu'en apparence ; c'est cette apparence qu'on discute. Au fond, rien n'existe qui puisse être annulé par la loi. On peut donc dire que l'inexistence véritable est incompatible avec la nullité, puisque la nullité est une opération qui consiste à anéantir un acte réellement accompli et pourvu de tous ses éléments. » ; L. JOSSERAND, *op. cit.* (*supra*, note 35), n° 151, p. 111 : « L'acte nul, même absolument, a du moins la valeur d'une manifestation de volonté ; il est incorrect, inadmissible, mais il est ; en affirmant sa nullité, on rend par cela même hommage à son existence ; au lieu que l'acte inexistant est à peu près le néant. » ; F. HAGE-CHAHINE, « La notion d'inexistence et ses intérêts pratiques », préc. (*supra*, note 169), n° 21, p. 81 ; *id. auct.*, « Le rationnel et l'empirique dans la notion d'inexistence », préc. (*ibid.*), p. 535, où l'auteur tire de l'article 1134, alinéa 1^{er}, du Code civil l'analyse suivante : « À cette distinction correspond, du côté négatif, celle du contrat « non-formé » et du contrat « illégalement formé ». La première hypothèse est sanctionnée par l'inexistence et la deuxième par l'inefficacité laquelle se subdivise en nullité ou inopposabilité selon qu'il s'agit de la non productivité des effets dans les rapports des parties entre elles ou à l'égard des tiers. » ; puis p. 536 : « L'inexistence correspond à l'élément constitutif, la nullité à la condition de régularité » ; S. GAUDET, art. préc. (*supra*, *ibid.*), p. 337 : « Cette existence ne doit pas être confondue avec la validité de l'acte puisqu'un acte peut fort bien exister sans être valide. [...] Il y a donc inexistence lorsque les faits générateurs ne sont pas réunis et un acte vicieux lorsque les faits générateurs sont présents, mais que les conditions d'efficacité ne sont pas remplies. » ; V. PELTIER, art. préc. (*supra*, *ibid.*), n° 14, p. 944 : « En effet, soit l'acte souffre du défaut d'un élément constitutif et il est inexistant, soit il lui manque un élément de validité et il est nul. Mais il ne peut présenter ces deux défauts à la fois » ; C. WITZ, art. préc. (*supra*, *ibid.*), p. 741 : « Assurément, l'inexistence a logiquement sa place comme sanction des conditions qui président à la formation proprement dite des contrats, alors que la nullité a vocation à sanctionner les conditions de validité des contrats. » Adde J. PELLERIN, art. préc. (*supra*, note 93), pp. 383-384 : « rationnellement, il n'est pas possible de le nier : quand l'acte requis n'existe pas, la nullité ne peut être retenue. Cette dernière ne peut jouer que si un semblant d'acte a été effectué. »

(178) En ce sens, v. Th. HUC, *op. cit.* (*supra*, note 35), n° 12, pp. 22-23 : « Quand il s'agit d'apprécier un acte du point de vue juridique, il faut distinguer entre : 1° Les conditions requises pour son existence ; 2° Les conditions requises pour sa validité. En effet, il faut d'abord vérifier si l'acte existe, c'est-à-dire s'il présente tous les éléments essentiels à son existence juridique. Si cette recherche est satisfaisante, on pourra conclure que l'acte est existant ; dans le cas contraire, on dira que l'acte est inexistant ; il n'y aura qu'une vaine apparence d'acte ; ce sera en réalité le néant juridique. — Mais il ne suffira pas d'avoir constaté qu'un acte remplit toutes les conditions requises pour son existence, et que par conséquent, en droit, il existe ; il faudra vérifier ensuite s'il est valable, s'il réunit toutes les conditions requises pour sa validité. C'est là un point de vue tout différent du premier. » ; Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, th. Paris, 1951, Matot-Braine, Reims, 1953, n° 240, pp. 167-168 ; P. PIOTET, art. préc. (*supra*, note 74), p. 164 : « Pour que la question de l'inefficacité se pose, il faut d'abord que l'acte juridique existe. Ainsi, si un contrat ordinaire n'a pas été conclu, n'est pas formé, venu à chef [...] on n'a pas à se demander s'il est efficace » ; R. RODIÈRE, note sous 1^{re} civ., 28 nov. 1973, D. 1975, p. 21 : « Avant de s'interroger sur la validité du consentement, il faut s'interroger sur son existence » ; G. CORNU, *Regards sur le Titre III du Livre III du Code civil*, Les Cours de droit, Paris, 1976-1977, n° 246, p. 190 : « il est essentiel de reconnaître que la validité de la convention n'est pas le seul problème ni même le premier. Le sentiment contraire repose sur des apparences qui méritent d'être dissipées. C'est la présentation formelle du Code civil français qui paraît accréditer l'idée que la formation du contrat ne pose qu'un problème de validité et s'identifie avec ce dernier. [...] Or il est capital d'affirmer qu'en droit positif français même, on se demande si le contrat existe, avant de se demander s'il est valable » ; J. CARBONNIER, *op. cit.* (*supra*, note 143), p. 81 ; X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, th. Nancy II, 1992, n° 85, pp. 102-103 ; O. GOUT, *op. cit.* (*supra*, note 61), n° 108, p. 88, qui estime que le raisonnement aboutit inéluctablement « à dissocier deux phases successives dans la conclusion d'un acte juridique, l'une tenant à la formation de l'acte, l'autre tenant aux conditions de validité de l'acte. », de sorte qu'« Il y aurait donc, si l'on suit cette analyse [que l'auteur adopte], deux sources d'inefficacité des actes juridiques qu'il conviendrait de ne pas confondre : la première serait l'inexistence du contrat ; le seconde la nullité du contrat. L'inexistence, qui se réfère aux conditions de formation des contrats, ne ferait guère double emploi avec la nullité, qui introduit une sanction des conditions de validité des contrats. »

force obligatoire des conventions à celles légalement formées, cette disposition cardinale du droit des contrats paraît bien reconnaître par là que les conventions illégalement formées n'en existeraient pas moins, sans quoi la précision eût été inutile⁽¹⁷⁹⁾. Et la distinction apparaît tout autant nécessaire dans l'application du droit international matériel, où certaines conventions traitent spécifiquement de la formation du contrat en en excluant expressément les questions de validité⁽¹⁸⁰⁾.

L'inexistence se sépare donc autant de la nullité absolue que de la nullité relative. Si l'on veut bien voir en effet dans la nullité absolue la sanction d'un état de l'acte, conformément en cela à la théorie dite classique des nullités, et dans la nullité relative la sanction d'un état du consentement, ouvrant au contractant concerné un droit de critique, suivant la théorie dite moderne des nullités⁽¹⁸¹⁾, on constatera que l'inexistence ne trouve sa cause ni dans le premier, puisqu'un acte pas même né n'a pas d'état, sinon purement négatif, ni dans

(179) Sauf à comprendre que l'expression « *légalement formées* » ferait référence à l'existence des conventions selon la loi et non, en outre, à leur caractère licite... Mais là n'est pas le sens ordinairement reconnu à cette disposition.

(180) V. en particulier CVIM, art. 4 : « *La présente Convention régit exclusivement la formation du contrat de vente et les droits et obligations qu'un tel contrat fait naître entre le vendeur et l'acheteur. En particulier, sauf disposition contraire expresse de la présente Convention, celle-ci ne concerne pas : a) la validité du contrat ni celle d'aucune de ses clauses non plus que celle des usages* ». Disposition dont la Cour de cassation entend contrôler pleinement l'application. V. ainsi Com., 13 févr. 2007, pourvoi n° 05-13538 ; RTD civ. 2007, p. 302, obs. P. Rémy-Corlay ; D. 2008, pan., p. 2623, obs. C. Witz, qui exerce sa censure au motif que « *la Convention de Vienne régit exclusivement la formation du contrat de vente et les droits et obligations qu'un tel contrat fait naître entre le vendeur et l'acheteur mais ne concerne pas la validité du contrat* ». On relèvera en même sens que, autant les Principes Unidroit que les Principes du droit européen du contrat, séparent la question de la formation des conventions de celle de leur validité, et que l'Avant-projet de Code européen des contrats, déjà cité (*supra*, note 173), accentue cette division en traitant spécifiquement de l'inexistence, ainsi distinguée de la nullité. Sur l'ensemble de ces arguments, v. C. WITZ, art. préc. (*supra*, note 169).

(181) On peut parfaitement concilier en effet l'idée classique selon laquelle la nullité serait fondée sur un état de l'acte avec le concept plus moderne de droit de critique tel qu'introduit par Eugène GAUDEMET (*Théorie générale des obligations*, cours publié par H. Desbois et J. Gaudemet, Sirey, 1937) et René JAPIOT (*op. cit.*, *supra*, note 9), pour peu que l'on observe que la première implique le second, puisque c'est bien en fonction de l'état du contrat que l'on reconnaît aux intéressés le droit d'en contester la validité. V. en ce sens P. HÉBRAUD, préf. à Ch. Dupeyron, *La régularisation des actes nuls*, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 127, 1973, p. XXI ; J. GHESTIN, *op. cit.* (*supra*, note 63), n° 748, p. 886 : « *Si le droit de critique sanctionne la violation d'une règle, il suppose aussi un certain état de l'acte.* » ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, 2009, n° 89, p. 108 : « *le droit de critique n'est lui-même que la conséquence de l'imperfection du contrat, de sa non-conformité au modèle défini par le Code.* » Ce que la théorie classique avait d'insuffisante, simplement, c'est qu'elle distinguait mal les causes de nullité absolue, attachées à l'état de l'acte proprement dit, des causes de nullité relative, liées à l'état du consentement constitutif de cet acte, et comme tel préalable. Or point n'était besoin pour opérer cette correction de vouer le tout aux gémonies. De ce point de vue, la thèse de JAPIOT semble autrement plus contestable, qui réduirait la nullité à un droit de critique dont il resterait toujours à déterminer les causes. Il faut lire à cet égard le titre II de la troisième partie de l'ouvrage (pp. 536-634) pour prendre conscience des complications et des incertitudes du système proposé. La thèse n'a du reste, malgré sa renommée, été suivie que par très peu d'auteurs, et jamais par le juge. Sur les réserves à apporter par ailleurs à cette présentation diachronique de la théorie des nullités, v. *supra*, n° 2, spéc. note 13.

À bien des égards, la critique radicale opérée de la théorie classique des nullités par l'école dijonnaise a surtout œuvré en sa faveur, en la nommant d'abord, en décrivant les principes qui la gouvernent ensuite, et en lui opposant enfin une théorie nouvelle à la complexité déconcertante. Si bien que, même sous des précautions devenues depuis d'usage, c'est toujours la théorie classique des nullités que l'on continue aujourd'hui à enseigner. V. par ex. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 89, p. 109 : « *Aussi bien s'accorde-t-on à considérer que la distinction des nullités absolues et des nullités relatives conserve une valeur didactique irremplaçable, même si le régime juridique de chacune d'elles n'est plus aussi monolithique que l'enseignaient les auteurs classiques.* »

le second, dès lors là encore que c'est bien plutôt l'absence de consentement que son vice qui se trouve ainsi sanctionné ⁽¹⁸²⁾.

La période de formation d'une convention se présente donc finalement comme une triple épreuve à réalisation simultanée : pour développer ses effets, le contrat doit d'abord s'extraire de l'inexistence en réunissant à cette fin toutes ses conditions constitutives ; échapper dans le même temps à la nullité qui sévirait de plein droit s'il ne répondait, en outre, aux conditions de validité qui sont les siennes ; et ne permettre enfin à aucune partie d'agir rétrospectivement en annulation d'un engagement jusqu'alors efficace pour le cas où son consentement n'aurait pas été clairement et librement donné.

11. L'essence précède l'existence – L'étymologie du mot ⁽¹⁸³⁾ laisse d'emblée entendre que l'existence se tire de quelque chose d'autre, qui la précéderait. Cette source, la philosophie la qualifie d'*essence* : elle est la nature propre et nécessaire à toute chose, considérée *a priori* ⁽¹⁸⁴⁾.

L'essence est donc l'existence en puissance ; de même que l'existence est, à l'inverse, l'essence en acte ⁽¹⁸⁵⁾. Si bien que pour révéler l'existence d'un acte, autant que son inexistence, il faut préalablement en déterminer l'essence. Celle-ci se composant elle-même

(182) Si l'on cherche par conséquent à comparer l'inexistence aux nullités absolue et relative, il est préférable de s'en tenir au système posé par M. PLANIOL, *op. cit.* (*supra*, note 9), n° 333, p. 124 : « Rien ne serait plus simple que de fixer le langage. Nous avons trois mots à notre disposition : annulable, nul, inexistant, et trois situations à distinguer : 1° l'acte que la loi n'a pas besoin d'annuler parce qu'il n'est pas arrivé à l'existence ; 2° l'acte annulé de plein droit par la loi ; 3° l'acte annulé par jugement. Le mot « inexistant » désignerait les actes de la première classe ; le mot « nul » ceux de la seconde ; et le mot « annulable » ceux de la troisième ».

(183) V. *supra*, note 7.

(184) Pour cette chronologie, v. déjà THOMAS D'AQUIN, *De ente et essentia* [L'être et l'essence], env. 1256, trad. et annot. C. Capelle, J. Vrin, 1965, chap. V, pp. 50-62, qui, poursuivant la distinction aristotélicienne entre puissance (gr. *dunamis*, lat. *potentia*) – l'essence prise comme le possible – et acte (gr. *energeia*, lat. *actus*) – l'existence de l'acte prise comme réalité tirée du possible – fait nettement découler le second de la première ; B. SPINOZA, *Éthique*, trad. et annot. Ch. Appuhn, [4^e éd.], libr. Garnier frères, 1934, rééd. J. Vrin, 1983, 1^{re} part., *De Dieu*, prop. XVII, scolie, p. 63. Comp. ARISTOTE, qui en avait pour sa part une conception plutôt nuancée. V. ainsi, à propos de l'image de la statue de Hermès tirée de son bloc de marbre, *Métaphysique*, trad. J. Tricot, [3^e éd.], J. Vrin, 1953, t. II, liv. Θ (IX), chap. VIII, 1049 b, pp. 507-508 : « Pour toute puissance ainsi entendue, l'acte lui est antérieur, tant selon la notion que selon l'essence ; mais selon le temps, l'acte, en un sens, est antérieur, et, en un autre sens, il ne l'est pas. » ; et t. II, liv. Λ (XII), chap. VI, 1072 a, p. 669 : « Ainsi, regarder la puissance comme antérieur à l'acte, c'est avoir raison en un sens, et tort en un autre ».

Le renversement conceptuel de SARTRE, caractéristique de l'existentialisme moderne, en tant qu'il s'oppose à l'essentialisme, tel qu'ici envisagé, ne vaut précisément, selon l'auteur lui-même, que comme étant propre à l'existence de l'homme, et non pas à celle de toute chose : J.-P. SARTRE, *L'existentialisme est un humanisme*, Nagel, Paris, 1946, rééd. 1970, rappelant d'abord, p. 18, que « pour le coupe-papier, l'essence – c'est-à-dire l'ensemble des recettes et des qualités qui permettent de le produire et de le définir – précède l'existence », avant d'avancer, p. 21, « que si Dieu n'existe pas, il y a au moins un être chez qui l'existence précède l'essence, un être qui existe avant de pouvoir être défini par aucun concept et que cet être c'est l'homme [...] Qu'est-ce que signifie ici que l'existence précède l'essence ? Cela signifie que l'homme existe d'abord, se rencontre, surgit dans le monde, et qu'il se définit après. » Même dans cette mesure, l'inversion sartrienne a pu susciter des réserves. V. en particulier M. HEIDEGGER, *Über den Humanismus* [Lettre sur l'humanisme], 1949, trad. et présent. R. Munier, Aubier, 1957, rééd. 1983, pp. 60-77, spéc. p. 67 : « l'ek-sistence n'est pas plus la réalisation d'une essence, qu'elle ne produit et ne pose elle-même la catégorie de l'essence. »

Comp., en droit, F. TERRÉ, « Lettres à un jeune juriste », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle – Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 992 : « C'est que, du moins en droit, l'essence précède l'existence. »

(185) V. A. COMTE-SPONVILLE, *Dictionnaire philosophique*, PUF, 2001, v° *Essence*, p. 214 : « l'essence d'un être, c'est sa puissance d'exister ; son existence, c'est son essence en acte. »

d'un ensemble d'éléments constitutifs, autrement qualifiés d'*essentiels*, il suffira de relever la défaillance de l'un d'eux pour conclure à l'inexistence de l'acte. L'élément essentiel du contrat se comprend ainsi comme sa condition constitutive, celle qui le réalise effectivement et sans laquelle il n'existerait pas⁽¹⁸⁶⁾.

Or, depuis que la dissipation du formalisme primitif a révélé la convention des parties dans toute sa nudité, il est apparu que l'essence du contrat a fini par se réduire à ce simple accord des volontés. Historiquement établie⁽¹⁸⁷⁾, l'essence volontariste du contrat peut se prévaloir en outre de bien d'autres raisons pour continuer à imposer sa réalité en dépit des critiques doctrinales dont elle a pu faire l'objet. Moralement d'abord, le droit ne fait rien d'autre que traduire ce faisant l'obligation qui consiste pour chacun à tenir sa parole une fois donnée, et la foi réciproque qui lui est naturellement accordée par son destinataire. Le fondement est donc également psychologique, puisque chaque déclarant a, dans un tel environnement social, pleinement conscience de s'engager, de sorte que là encore, le droit qui reconnaît le contrat formé sur cette seule base consensuelle ne fait que prendre acte d'un engagement qui existe déjà hors du droit. Cette obligation juridique et morale trouve elle-même une justification économique, étant observé que la sanctionner ainsi sans autre condition constitue la solution la plus favorable au commerce, et au progrès qui en dépend, où chaque échange voit son exécution garantie par le recours à la contrainte publique sans requérir aucune autre forme. Au-delà même de son utilité, l'intérêt de la solution est philosophique, et finalement politique : elle consiste à attribuer toute son efficacité à l'exercice de la liberté individuelle et, ce faisant, à reconnaître cette dernière dans toute sa plénitude.

Sans doute a-t-on pu opposer à ce subjectivisme contractuel bien des arguments, mais aucun d'eux n'a jamais assez porté pour que la définition donnée du contrat dans les

(186) C'est bien sur cette distinction des conditions présidant à la formation du contrat que la doctrine différencie l'inexistence de la nullité. V. ainsi L. LAROMBIÈRE, *loc. cit.* (*supra*, note 157), p. 289 : « Indépendamment du caractère absolu ou relatif de la nullité, on peut établir une sorte de gradation, quant à l'invalidité dont un contrat peut être atteint. Au-dessus du contrat déclaré nul, on rencontre le contrat réputé non existant. Nous entendons par là tout acte, qui, étant destiné des conditions essentielles à son existence de fait, établit par lui-même qu'il n'a aucun caractère obligatoire, dans l'intention même des contractants. » ; A. ROUAST, *op. cit.* (*supra*, note 35), n° 688, p. 255 : « Logiquement, il faudrait distinguer entre les contrats qui réunissent toutes les conditions d'existence et que la loi déclare nuls et ceux dans lesquels manque un de ces éléments essentiels. » ; Ch. DUPEYRON, *op. cit.* (*supra*, note 181), n° 48, p. 30 : « En adoptant la notion traditionnelle de l'inexistence, il conviendra de déterminer pour chaque acte les éléments essentiels. En leur absence l'acte sera inexistant ; en ce qui concerne la régularisation, il faudra certainement conclure que l'apparition du dernier élément essentiel vaut création de l'acte. » ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les personnes*, préc. (*supra*, note 35), n° 111, p. 139 : « Au point de vue théorique, l'analyse proposée par la théorie de l'inexistence est logique et claire. On peut très bien admettre sa distinction entre l'acte inexistant auquel manque un élément essentiel et qui, à ce titre, ne s'est pas vraiment formé et l'acte nul qui contient tous les éléments essentiels mais dont un de ces éléments est entaché d'un vice, la gravité de celui-ci pouvant varier et entraîner tantôt la nullité absolue et tantôt la nullité relative. » ; S. GAUDET, art. préc. (*supra*, note 169), p. 340 : « Il faut donc, pour déterminer les conditions d'existence du contrat, en cerner la nature juridique essentielle. » La définition que donne le *Vocabulaire juridique* publié par l'Association Henri Capitant ne déroge pas à ce lien, v° Inexistence, sens I (civ.) : « Défaut d'existence d'un acte juridique – en général assimilée à une nullité absolue – résultant de l'absence d'un élément constitutif essentiel à sa formation. » Et, parmi beaucoup d'autres, l'arrêt le plus emblématique de la théorie énonçait lui-même que « l'assistance de l'officier ministériel est de l'essence même de l'enchère » (Req., 30 déc. 1902, préc., *supra*, note 80).

(187) Sur cette histoire, v. *infra*, n°s 115 et 116.

manuels en soit substantiellement modifiée. Il ne fait guère mystère que cette critique objectiviste trouve son origine dans l'interventionnisme législatif mené en la matière depuis le début du XX^e siècle : on sait en effet que, cherchant à dispenser au sein des contrats les idées socialistes développées à cette même époque en défense de l'idéal d'égalité, le législateur a entrepris d'y borner la valeur concurrente et jusqu'alors omnipotente de liberté, dont la stricte observance avait conduit à transcrire juridiquement, par la voie contractuelle, les inégalités sociales existant entre contractants. Constatant, en conséquence, que le contenu des conventions tendrait à être de plus en plus déterminé par la loi, et de moins en moins par les parties contractantes, on aurait ainsi été tenus de reconnaître que, du fait de cette préséance législative, la source des conventions puiserait essentiellement dans la loi plutôt que dans la volonté des parties⁽¹⁸⁸⁾. Pourtant, si cette tendance n'a depuis lors fait que s'affirmer, trouvant chaque jour de nouveaux terrains où prospérer, il reste que la détermination *a priori* du contenu des conventions ne procède jamais que de dispositions particulières, propres à certains contrats spéciaux, épargnant toujours le droit commun et, par là, la théorie générale du contrat, où continue de régner seule la volonté des parties. Même là où elle sévit d'ailleurs, la loi laisse encore à ces dernières la liberté de régler la plus grande part de leur accord. Et lorsque vraiment, de façon très exceptionnelle, elle prétend en déterminer l'essentiel, alors serait-on mieux fondé de discuter la qualification de contrat appliquée à ces quelques hypothèses marginales plutôt que de faire dépendre sa définition d'une législation d'exception⁽¹⁸⁹⁾.

Un autre argument s'avance néanmoins, tourné celui-ci contre l'idée même d'autonomie de la volonté : observant que la loi est toujours nécessaire à la volition pour que celle-ci puisse s'obliger en droit, il s'en déduirait que celle-là constituerait la condition première à l'existence de tout contrat, dont l'aspect volontariste dissimulerait ainsi le fondement essentiellement légal⁽¹⁹⁰⁾. Pour incontestable que soit le constat, la conclusion ne s'impose pourtant pas. Qu'il faille une règle de droit pour sanctionner juridiquement un accord contractuel ne fait pas de ce contrat un produit de la loi : considéré individuellement, chaque contrat naît par le seul accord des volontés, même si l'existence d'un système juridique acceptant de prêter sa force à un tel accord est le présupposé nécessaire de cette création d'une obligation juridique par des volontés privées. Ce qui rend l'existence de la loi nécessaire, ce n'est pas qu'il s'agisse en soi d'un contrat, mais que son effet soit de créer des obligations juridiques, lesquelles supposent, comme toutes autres, que le droit objectif les reconnaisse et les sanctionne comme telles.

(188) Jusqu'alors relevée par les auteurs pour en faire la critique (sur laquelle v. *infra*, nos 127 et 128), on a fini en effet par arguer de cette politique interventionniste du législateur en vue de renverser le postulat volontariste et y voir l'expression d'une conception objective du contrat qui n'aurait jamais cessé d'être la sienne. V. not. en ce sens G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965, *passim*, spéc. n° 2, p. 8, qui écrit à ce sujet qu'« une imperfection serait révélée, apparue désormais dans une lumière plus crue ».

(189) Sur cette discussion, v. *infra*, n° 128.

(190) Sur cet argument, v. *infra*, n° 116, spéc. note 22.

Au cœur même du processus contractuel, une thèse revenue aujourd'hui en vogue prétend supplanter l'élément volitif du contrat par un succédané qui tiendrait dans la confiance légitime qu'aura pu nourrir le destinataire dans la déclaration de son cocontractant⁽¹⁹¹⁾. La légitimité de cette confiance s'appréciant nécessairement *in abstracto*, cette substitution de fondement procède bien elle aussi d'une tentative d'objectivation du rapport contractuel. Mais en se limitant aux seuls cas dans lesquels la volonté paraît avoir été déclarée, cette théorie prouve trop, car c'est encore admettre alors que la volonté apparente fonde toujours cette confiance⁽¹⁹²⁾. Et s'il est assurément nécessaire de faire une

(191) Pour cette tentative, v. not. E. LÉVY, *passim*, not. « Responsabilité et contrat », *RCLJ* 1899, pp. 361-398, spéc. pp. 383-387, puis « La confiance », in *La vision socialiste du droit*, M. Giard, 1926, pp. 43-94, spéc. pp. 77-82 ; G. GORLA, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1954, t. I, pp. 6 et 77-78. Ces premiers auteurs avaient puisé leur inspiration dans la *Erklärungstheorie* allemande (sur laquelle v. *infra*, n° 118, spéc. note 49). Mais la thèse s'enseignait déjà de longue date outre-Manche. V. par ex. A. SMITH, *Lectures on Jurisprudence* [*Leçons sur la jurisprudence*], Glasgow, 1762-1764, trad. H. Commetti, Dalloz, 2009, p. 14 : « Les droits personnels peuvent provenir d'un contrat. L'origine de ce droit repose sur l'attente que nourrit celui à qui on a fait une promesse de voir celui qui a promis accomplir l'action à laquelle il s'est engagé. », puis pp. 120-121 et 129-131. Chez nos contemporains, v. encore X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, Bruylant et LGDJ, 1995, spéc. n°s 46 à 55, pp. 109-130 ; S. OBELLIANNE, *Les sources des obligations*, th. Paris XI, 2006, PUAM, 2009, n° 325 et s., p. 344 et s. ; H. KENFACK, « La consécration de la confiance comme fondement de la force obligatoire du contrat ? », in *La confiance en droit privé des contrats*, dir. V.-L. Bénabou et M. Chagny, Dalloz, 2008, pp. 117-129.

(192) Pour cette critique, v. déjà E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, th. Dijon, 1912, pp. 162-163 et 351-353 ; puis P. S. ATIYAH, *Promises, Morals and Law*, Clarendon Press, Oxford, 1981 ; E. A. FARNSWORTH, *Changing Your Mind : The Law of Regretted Decisions*, Yale Univ. Press, 1998, et « Changer d'avis : le droit des décisions regrettées », trad. A. Breuvart, RIDC 2000, pp. 315-344, spéc. p. 323 : « Comme le caractère raisonnable des attentes (expectations) d'un individu repose que ce qu'il est en droit d'attendre sur un plan juridique, et que le caractère raisonnable de la confiance (reliance) d'un individu dépend de ce que cette confiance se traduit par un droit que la loi reconnaît, les deux arguments utilisent comme hypothèse ce qu'ils tentent de prouver. » ; S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, th. Paris II, 2000, Dalloz, Nouv. bibl. th., vol. 1, 2001, n° 266 et s., p. 482 et s., où l'auteur émet nombre de « Réserves quant à la transposition en droit français du principe de protection de la confiance légitime » ; M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.* (*supra*, note 172), n° 30, p. 64 : « le Droit devrait protéger les attentes du créancier au motif que celui-ci a pu légitimement croire qu'elles seraient respectées, mais celui-ci n'a pu légitimement croire qu'elles seraient respectées que si le Droit les protège ; or on ne peut, sans circularité, présupposer le caractère obligatoire de la promesse pour ensuite l'expliquer. » ; V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, th. Chambéry, 2002, LGDJ, Bibl. dr. privé., t. 480, 2007, n°s 773 à 780, pp. 549-557, qui part de ce constat : « La confiance de celui à qui l'on promet naît de la conscience qu'il a d'un commandement objectif qui oblige le débiteur. ».

Quant à l'estoppel de droit anglais, aujourd'hui de meilleure audience, au point d'avoir été consacré en principe – et dans le texte ! – par la Cour de cassation (1^{re} civ., 6 juill. 2005, *Bull.*, I, n° 302), il déborde très largement la seule question de la formation du contrat ; et lorsqu'il intervient au sein de celle-ci, il ne procède pas autrement (v. not. aux Etats-Unis, *Restatement Second on contracts*, §§ 87 (2) et 90 (1)). On remarque en effet que le *promissory estoppel*, ou l'« exception de promesse », ne supplée non pas tant à l'absence de volonté – qu'il exige au contraire dans sa forme promissoire – qu'au seul défaut de contrepartie (*consideration*), que la tradition aristotélicienne, passée en *common law*, érige comme élément constitutif du rapport contractuel. Si bien que, à travers la notion associée de confiance légitime (*reliance*), certains auteurs ont pu faire remarquer que c'était finalement l'essence volontariste de tradition civiliste qui venait à se substituer pour source du contrat à la *consideration*. V. not. A. W. B. SIMPSON, « Innovation in XIXth century contract law », *Law Quarterly Review*, n° 91, 1975, pp. 247-278 ; Ch. FRIED, *Contract as Promise*, Harvard Univ. Press, 1981 ; J. M. FEINMAN, « The Last Promissory Estoppel Article », *Fordham Law Review*, vol. 61, 1992, pp. 303-316, spéc. p. 305 ; E. A. FARNSWORTH, *ouvr. et art. préc.*, spéc. pp. 332-335 ; D. KIMEL, *From Promise to Contract : Towards a Liberal Theory of Contract*, Hart Publishing, Portland, 2003 ; T. M. SCANLON, « Promises and Contracts », in *The Theory of Contract Law*, dir. P. Benson, 2^e éd., Cambridge Univ. Press, 2007. Sur la notion, vue de France, v. O. MORÉTEAU, *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, th. Lyon, 1990 ; H. MUIR-WATT, « Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français », in *L'internationalisation du droit – Mélanges en l'honneur de Yvon LOUSSOUARN*, Dalloz, 1994, pp. 303-309 ; *id. aut.*, « Reliance et définition du contrat », in *Prospectives du droit économique – Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, pp. 57-69 ; M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Economica, 2001 ; D. MAZEAUD, « La confiance légitime et l'estoppel », RIDC 2006, pp. 363-392 ; rapp. D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, (suite p. suiv.)

place aux attentes légitimes des intéressés dans la formation du contrat, celles-ci n'ont nullement vocation à se substituer à la volonté mais seulement à corriger ce que la prévalence systématique de l'intention réelle de chaque contractant pourrait avoir d'excessif⁽¹⁹³⁾. De façon plus générale d'ailleurs, on reconnaîtra volontiers que la recherche de cette intention contractuelle s'objective parfois, ne serait-ce que parce qu'il faut bien user de présomptions pour la découvrir lorsqu'elle n'apparaît pas immédiatement⁽¹⁹⁴⁾. Mais ce constat ne suffit pas à remettre en cause le fondement volontariste du contrat, auquel, ce faisant, on rendrait même plutôt hommage⁽¹⁹⁵⁾.

C'est une raison semblable qui oblige à faire justice de l'opinion qui entend faire de l'objet du contrat, ou de l'obligation, voire de sa cause, des conditions objectives et supplémentaires à l'existence de tout contrat⁽¹⁹⁶⁾. Car, au fond, toute volonté a toujours un objet et une cause : on veut nécessairement quelque chose pour quelque raison que ce soit, faute de quoi il n'y aurait pas même de volonté. Si donc l'objet ou la cause doit manquer à cet endroit, c'est en vérité qu'aucune volition n'aura été émise, ce qui suffit à établir l'inexistence du contrat sans ce détour inutile. Pour que l'un ou l'autre de ces deux éléments vienne à faire défaut en propre, il faut s'extraire de la source volitive et confronter le produit de l'accord déjà formé à son environnement factuel et légal : alors seulement on pourra dire que l'objet ou la cause contractuel, *tel que voulu par les parties*, manquera en fait ou en droit. Et ce point acquis, le contrat ne sera plus inexistant mais nul. Là réside, dans un droit commun qui fonde le contrat sur la volonté des parties, le critérium de la distinction entre inexistence et nullité : la source volitive pour l'existence du contrat, l'environnement dans lequel il surgit pour sa validité⁽¹⁹⁷⁾.

Il est bien une autre façon de tenir l'objet et la cause pour conditions d'existence des conventions, mais on ne peut y parvenir là encore qu'au prix d'une réduction entre deux niveaux d'analyse qui ne se confondent pas. Si l'on s'élève en effet au niveau de la théorie

th. Paris XI, 2000, PUAM, 2001. Et pour un point de vue comparé, v. not. B. FAUVARQUE-CAUSSON (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, SLC, 2007.

(193) Sur l'articulation de la volonté réelle et de la volonté apparente dans la formation du contrat, v. *infra*, n° 118.

(194) Sur quoi, v. *infra, ibid.*, spéc. note 62.

(195) Tel est bien le sentiment qui se dégage des études ayant entrepris de concilier ces éléments d'objectivité au subjectivisme primordial du contrat : v. not. P. HÉBRAUD, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Dalloz, 1960, t. II, pp. 420-476 ; J. HAUSER, th. préc. (*supra*, note 19) ; Th. REVET, « Objectivation et subjectivation du contrat », in *La nouvelle crise du contrat*, dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, colloque Univ. Lille II, 14 mai 2001, Dalloz, 2003, pp. 83-96.

(196) V. par ex. F. HAGE-CHAHINE, « Le rationnel et l'empirique dans la notion d'inexistence », préc. (*supra*, note 63), n°s 21 à 24, pp. 537-539.

(197) Sur ce rapport, v. égal. *infra*, n° 335, *in fine*.

Exemple : si le contrat ne contient pas la stipulation d'un prix, ou si le prix stipulé n'a pas été véritablement voulu comme contrepartie au transfert de propriété, alors la vente est inexistante. Si au contraire le contrat contient cette stipulation, et que celle-ci correspond vraiment à la volonté des parties, alors la vente peut exister, mais elle sera nulle si le prix fait défaut en fait, notamment parce qu'il se trouve en réalité dérisoire sans que les contractants en aient eu conscience. Rappelant exactement l'opposition irréductible qui sépare sur ce point l'inexistence et de la nullité : 3^e civ., 21 sept. 2011, pourvoi n° 10-21900, *Bull.* ; D. 2011, p. 2711, note D. Mazeaud ; JCP 2011, 1276, note J. Ghestin, selon quel arrêt « *le contrat de bail à construction conclu pour un prix dérisoire ou vil n'était pas inexistant mais nul pour défaut de cause* ».

juridique, qui dispose *a priori*, il est certain que l'on peut parfaitement dire que tel objet ou telle cause est objectivement nécessaire à la qualification de tel contrat spécial⁽¹⁹⁸⁾, en sorte que le moment venu d'appliquer cette règle générale à une situation déterminée, on pourra conclure à l'inexistence de l'accord ainsi qualifié. Mais, pour ce faire, on commencera toujours par rechercher dans cette situation concrète ce qu'ont voulu les parties, en vue de comparer leurs intentions aux éléments constitutifs de la qualification, et on ne conclura au surplus à l'inexistence de toute convention que s'il est établi, non pas seulement qu'elles n'ont pas voulu ce contrat précis, mais qu'elles n'en ont voulu aucun. Si bien que, au stade de la formation du contrat, où se règle la question de son existence, les notions d'objet et de cause s'apprécient toujours subjectivement, au regard à la volonté réelle des parties⁽¹⁹⁹⁾, et n'ont de toute façon pour fonction que de permettre de qualifier l'accord, sans autoriser à conclure à l'inexistence de tout contrat absolument⁽²⁰⁰⁾.

Rien n'interdirait sans doute de soumettre l'existence du contrat à d'autres conditions que purement subjectives, et l'on sait que d'autres systèmes que civilistes – où ne règne pas, ouvertement au moins, le consensualisme – ne reconnaissent la formation d'un contrat que revêtu d'une certaine forme ou fondé sur une juste cause. Ainsi en va-t-il en particulier selon la *common law*, où les engagements conventionnels ne sont juridiquement sanctionnés que s'ils s'articulent sur une *valuable consideration* ou s'ils empruntent, à défaut, la forme du *deed*⁽²⁰¹⁾. Mais, en dépit des propositions visant à introduire une théorie semblable sur le continent, en rappelant à cette fin les solutions du droit romain⁽²⁰²⁾, un tel système ne pourrait s'y épanouir qu'à la condition de mettre à bas le principe même du consensualisme, lequel fonde pourtant pour une large part l'identité des droits de tradition civiliste depuis plusieurs siècles. Là même d'ailleurs où ces principes étrangers sont reçus, on observe qu'ils alimentent une critique devenue aujourd'hui systématique⁽²⁰³⁾, de sorte que l'on hésitera, à tout le moins, à souscrire à une analyse si profondément anachronique, de ce côté-ci de la Manche, et à l'avenir si peu assuré, de l'autre côté⁽²⁰⁴⁾. S'il pourra arriver

(198) Ce qui permet de comprendre la formation des contrats spéciaux comme relevant d'un processus objectif : v. par ex. P. HÉBRAUD, art. préc. (*supra*, note 195), p. 435.

(199) V. sur ce point J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, th. Paris I, 1997, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 311, 1999, nos 231 à 265, pp. 214-244, où il est expliqué que la cause se conçoit subjectivement ou objectivement selon que l'on a regard à un contrat particulier ou à une catégorie contractuelle.

(200) Sur ce rapport entre éléments constitutifs d'une qualification et inexistence du contrat, v. *infra*, n° 335.

(201) Sur laquelle, v. *infra*, n° 302, *in fine*. En ce sens, voyant dans l'absence de *consideration* une cause d'inexistence du contrat de droit anglais : M. CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité – Étude historique et comparée des nullités contractuelles*, th. Paris I, 2000, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 376, 2002, nos 215 à 222, pp. 156-158.

(202) V. not. G. GORLA, *op. cit.* (*supra*, note 191), p. 322 ; et G. ROUHETTE, *op. cit.* (*supra*, note 188), nos 120 à 162, pp. 424-492. V. égal. M. VILLEY, « Essor et décadence du volontarisme juridique », *Arch. phil. dr.*, t. 3, *Le rôle de la volonté dans le droit*, Sirey, 1958, pp. 87-98, spéc. p. 95, qui estimait que « Fuyant le droit des romanistes, nous sommes revenus au droit romain dont les grands contrats sont « nommés », institués et organisés autoritairement. »

(203) V. les auteurs de langue anglaise cités *supra*, note 192. Adde R. DAVID, « Cause et Consideration », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Dalloz-Sirey, 1960, t. II, pp. 111-137, spéc. p. 131, qui relevait que l'exigence d'une *consideration* était déjà l'objet à cette époque de « véhémentes critiques ».

(204) Hésitation qui semble du reste avoir été résolue dans le sens du rejet pur et simple par les projets de codification européenne : v. *infra*, n° 12, spéc. note 219.

de relever à l'occasion que, en droit français même, l'existence du contrat est susceptible de se subordonner au respect d'une forme particulière, on vérifiera aussi que l'hypothèse n'est plus aujourd'hui que très exceptionnelle⁽²⁰⁵⁾, et qu'elle est dès lors loin de suffire à remettre en cause l'essence volontariste du contrat.

Faut-il alors à l'inverse, pour payer son tribut à la modernité, introduire dans la définition du contrat les idéaux de justice et d'utilité, ainsi qu'on a parfois pu le proposer⁽²⁰⁶⁾ ? On peut encore en douter, au motif cette fois que ces concepts sont purement axiologiques, et non ontologiques : l'un, l'utilité, justifie en amont le principe de la force obligatoire de la parole donnée ; l'autre, la justice, borne en aval le domaine de cette force obligatoire en en conditionnant la validité. Si bien que ni l'un ni l'autre ne font en propre le contrat⁽²⁰⁷⁾. Ce que l'on traduit finalement en écrivant que « *Le contrat n'est obligatoire que parce qu'il est utile.* », et que « *Le contrat n'est obligatoire que s'il est juste.* »⁽²⁰⁸⁾

À plus forte raison les principes de proportionnalité ou d'équilibre contractuel n'ont-ils aucune part dans la définition du contrat⁽²⁰⁹⁾ : les accords lésionnaires sont toujours des contrats, et c'est bien parce qu'ils existent en tant que tels que le droit pourra, exceptionnellement d'ailleurs, les priver de leurs effets ordinaires. De la même manière, lorsque la loi intervient *a priori*, en considération d'un déséquilibre structurel réputé préexister à l'accord entre les parties contractantes, elle n'empêche jamais le contrat de se former. À nouveau donc, en tous ces cas, le contrat sera tout au plus frappé de nullité et non d'inexistence.

Par où que l'on observe, il apparaît ainsi qu'il suffit pour que le contrat existe que ses éléments constitutifs se manifestent dans l'intention des parties⁽²¹⁰⁾. Si ces mêmes éléments

(205) Précisément, il n'y en a que deux : le dépôt et le prêt. V. *infra*, n°s 316 et 317.

(206) V. not. J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *Arch. phil. dr.*, t. 26, *L'utile et le juste*, Sirey, 1981, pp. 35-57 ; puis « La notion de contrat », *D.* 1990, chr., pp. 147-156, et *Droits*, n° 12, *Le contrat*, 1990, pp. 7-24.

(207) L'idée d'utilité permet seulement d'expliquer que l'on puisse contracter, sans conditionner l'existence des conventions elles-mêmes, sans quoi toutes celles estimées inutiles devraient être réputées inexistantes. Quant à la justice contractuelle, elle trouve tout au plus sa sanction dans la nullité de la convention et non, là encore, dans son inexistence.

(208) *Id. auct.*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, PUF, 2003, v° Contrat.

(209) Comp. sur le sujet C. GUELFUCCI-THIBIERGE, « Libre-propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, pp. 357-385, qui tente d'articuler le substrat volontariste du contrat aux principes d'égalité, d'équilibre et de fraternité contractuels ; D. BERTHAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, th. Paris II, 1997, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 320, 1999, n°s 739 à 757, pp. 390-404, qui œuvre en même sens ; S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, th. Paris XI, 1997, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 335, 2000, n°s 723 à 778, pp. 287-312, où l'auteur dépeint le contrat sous un trait purement objectif pour le soumettre, ainsi soustrait à la volonté des ses auteurs, au principe promu de proportionnalité ; et L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, th. Orléans, 2000, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 336, 2002, qui associe l'émergence de cet idéal qualifié de post-moderne à l'affaiblissement du dogme de l'autonomie de la volonté, et propose de fixer le point d'équilibre sur « *L'utilité individuelle et sociale du contrat* ». Plus réservé : D. MAZEAUD, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », in colloque Paris V, 20 mars 1998, *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?*, *PA* 30 sept. 1998, n° 117, pp. 12-20.

(210) Rapp. P. KAYSER, « Les nullités d'ordre public », *RTD civ.* 1933, pp. 1115-1140, n° 12, pp. 1134-1135 : « dans un système juridique fondé sur le principe de la liberté contractuelle, et où, par suite, le consentement est l'élément essentiel et le seul élément essentiel des actes juridiques [...] la distinction de l'inexistence et de la nullité d'ordre public n'est pas purement théorique ».

font défaut en fait ou en droit, hors de cette volonté, il ne sera plus inexistant mais nul. Purement subjective, l'essence du contrat, comme de toute chose, se traduit en définitive dans sa simple définition⁽²¹¹⁾.

12. Le contrat inexistant hors sa définition – L'essence du contrat se réduisant à sa définition, le contrat inexistant sera celui qui n'y répondra pas⁽²¹²⁾. Délimiter le domaine de l'inexistence implique donc, pour préalable, de borner celui du contrat.

La définition est ici donnée par le Code : « *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.* » (C. civ., art. 1101). À partir de cet énoncé, on sait que la doctrine s'est partagée entre deux interprétations, l'une restrictive et classique, l'autre extensive et moderne, consistant, selon, à qualifier de contrats les seules conventions créatrices d'une obligation au sens propre⁽²¹³⁾, ou à étendre cette qualification à toutes conventions

(211) V. par ex. V. FORRAY, *op. cit.* (*supra*, note 192), n° 266, pp. 189-190, spéc. p. 190 : « À proprement parler, les éléments essentiels du contrat le définissent de manière ontologique de sorte que l'essence du contrat se situe en amont de sa validité » ; N. CARDOSO-ROULOT, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, th. Dijon, 2006, L'Harmattan, 2008, n° 56, p. 77 : « plutôt que d'aborder les deux notions « d'existence » et « d'essence » dans un rapport d'opposition, dans lequel l'une prime l'autre, voire même s'excluent l'une l'autre, il nous semble préférable d'insister davantage sur le lien indissociable qu'entretiennent ces deux notions, en ce sens que l'une va participer à la définition de l'autre, et qui d'ailleurs sera adopté par le droit, à travers la notion d'inexistence. »

Plus gén., v. ARISTOTE, *op. cit.* (*supra*, note 184), t. I, liv. Z (VII), chap. IV, pp. 357-367, spéc. 1030 a, p. 362 ; THOMAS D'AQUIN, *Summa theologiae* [Somme théologique], env. 1270, trad. A.-M. Roguet, coord. A. Raulin, éd. Le Cerf, 1984, t. I, quest. 29, art. 2, p. 370 : « L'essence est proprement ce que signifie la définition. » ; B. SPINOZA, *Éthique*, trad. et annot. Ch. Appuhn, [4^e éd.], libr. Garnier frères, 1934, rééd. J. Vrin, 1983, 1^{re} part., *De Dieu*, prop. VIII, scolie II, pp. 29-33, pour qui la définition exprime précisément l'essence d'une chose, plus que son existence, qui se trouverait en outre subordonnée à une cause extérieure. V. égal. L. LIARD, *Des définitions géométriques et des définitions empiriques*, 3^e éd., F. Alcan, 1903, p. 11 : « La somme des attributs accidentels d'un sujet est la description de ce sujet ; la somme de ses attributs essentiels en est la définition. » ; H. BERGSON, *L'évolution créatrice*, F. Alcan, 1907, chap. IV, p. 300 (rééd. PUF, Quadrige, 2003, p. 277), qui assimile « l'« essence logique » du cercle » à « la possibilité de le tracer selon une certaine loi, c'est-à-dire enfin sa définition ».

(212) V. E. HARTEMANN, *op. cit.* (*supra*, note 22), p. 232 : « L'acte inexistant est celui qui ne répond pas à sa définition » ; P. PIOTET, *loc. cit.* (*supra*, note 178) : « L'acte juridique existe dans un cas concret dès que sa définition est réalisée, dès que sont réunis ses éléments constitutifs. »

(213) V. not. J. DOMAT, *op. cit.* (*supra*, note 15), 1^{re} part., liv. I^{er}, in limine, p. 19 : « On voit par cette idée générale des conventions, que ce mot comprend, non-seulement tous les contrats & traités de toute nature, comme la vente, l'échange, le louage, la société, le dépôt & tous autres, mais aussi tous les pactes particuliers qu'on peut ajouter à chaque contrat, comme sont les conditions, les charges, les réserves, les clauses résolutoires, & tous autres. Et ce mot de conventions comprend aussi les actes même par lesquels on résout ou change par un nouveau consentement les contrats, les traités, les pactes où l'on étoit déjà engagé. » ; R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, J. Debure, Paris, et V^{ve} Rouzeau-Montaut, Orléans, 1774, t. I, n° 3, in *Œuvres de Pothier*, par J. Bugnet, t. II, Paris, 1848, p. 4 : « Une convention ou un pacte (car ce sont termes synonymes), est le consentement de deux ou plusieurs personnes, pour former entre elles quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent, ou pour le modifier [...] – L'espèce de convention qui a pour objet de former quelque engagement, est celle que l'on appelle Contrat. », avant de proposer la définition qui inspirera l'article 1101 du Code civil ; C. BUFNOIR, *op. cit.* (*supra*, note 19), XXXI^e leçon, p. 456 : « le contrat est une convention ayant pour but de créer une ou plusieurs obligations. C'est donc une espèce dont la convention est le genre ; la convention, en effet, est tout accord de volontés en vue de produire un résultat juridique. » Rapp. en même sens la définition donnée par le Code civil libanais à son article 165 : « La convention est tout accord de volontés destiné à produire des effets juridiques ; lorsque cet accord tend à la création de rapports obligatoires, il prend le nom de contrat. » Ou encore l'article 1102 de l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription remis au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005, qui suit au mot près la lettre de l'article 1378 du Code civil du Québec : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à accomplir une prestation. »

constitutives d'un effet de droit, qu'il soit ou non de nature obligationnelle⁽²¹⁴⁾. Une lecture stricte de cette disposition, d'ailleurs conforme à la terminologie de son époque, invite à s'en tenir à une interprétation étroite, considérant que le Code vise spécialement les obligations de faire, de ne pas faire et de donner, ce qui paraît bien exclure les effets juridiques qui n'en relèveraient pas parce qu'étant modificatifs, extinctifs ou encore récognitifs. Selon cette conception historique donc, on qualifiera de *convention* tout accord constitutif d'un effet de droit, et de *contrat* l'espèce de convention constitutive d'une ou de plusieurs obligations déterminées.

Il est pourtant plusieurs raisons d'adopter aujourd'hui une acception moins restrictive de la notion de contrat. La première, qui n'est pas la moindre, est qu'il est difficile de déterminer à quel moment une convention est proprement créatrice d'obligations et à quel autre elle cesse de l'être. Faut-il ne viser pour contrat que les conventions faisant naître une obligation à titre principal, et en exclure les accords translatifs, au motif que, pour eux, l'obligation de délivrance n'est jamais que l'accessoire d'un transfert de propriété opérant le plus souvent *solo consensu* ? Mais en ce cas, ni l'échange ni la donation ne seraient plus des contrats. S'agit-il alors d'y inclure toute convention produisant un effet obligatoire, même à titre accessoire ? Mais il ne sera plus guère cette fois de conventions pour échapper à cette

(214) Il semble que l'on doive ce décapage de l'article 1101 à la plume trempée d'acide de MARCADÉ, *op. cit.* (*supra*, note 19), n° 383, p. 332 : « la convention, en effet (de venire cum, se réunir, se rencontrer), n'est rien autre chose que l'accord des volontés » ; puis n° 384, pp. 333-335 : « On peut, et c'est ce que nous ferons, admettre sans aucun danger que contrat et convention sont des expressions synonymes ; et on aura dès lors trois classes de contrats : les contrats producteurs d'obligations, les contrats extinctifs d'obligations, et les contrats translatifs de propriété. — Mais du moment qu'on élargissait ainsi l'ancienne nature du contrat [celle uniquement créatrice d'obligations], il est clair qu'il fallait élargir aussi sa définition et lui appliquer celle qu'on ne donnait autrefois qu'à la convention. C'est ce que les rédacteurs, dans leur marche illogique et sans méthode, n'ont pas compris ; et après avoir assimilé le contrat à la convention, l'espèce au genre, ils nous ont donné, dans notre chapitre, une définition et une classification ne convenant qu'à l'ancienne nature du contrat, oubliant qu'ils lui attribuaient une nature différente et beaucoup plus large. [...] Aujourd'hui donc, et d'après le système du Code, on appelle contrat, ou convention, l'accord arrêté entre plusieurs personnes, soit pour former une ou plusieurs obligations, soit pour éteindre ou modifier des obligations déjà existantes, soit enfin pour opérer un transport immédiat de propriété ou de droits réels quelconques. [...] Ainsi, il est bien vrai que le contrat, tel que l'entend le Code, peut produire des obligations alors même qu'il en éteint d'autres ou qu'il transfère des droits réels ; mais, comme il n'en produit pas toujours, que, dans le cas même où il en produit, il peut aussi produire d'autres effets, il est évident que la définition de notre article [1101] se trouve complètement inexacte. » Rappr. cep. déjà, sous l'Ancien droit, J.-B. DENISART, *op. cit.* (*supra*, note 12), 8^e éd., t. V, 1786, v° Conventions, p. 543 : « Quoique les mots contrat & convention s'emploient souvent l'un pour l'autre, les conventions autorisées par le droit civil sont néanmoins les seules auxquelles, dans l'usage le plus fréquent, on donne la dénomination de contrat : voyez Contrat. Elles ont pour but de former, modifier, ou résoudre un engagement. — Quelquefois on restreint le mot contrat à signifier cette espèce particulière de convention qui a pour but de former un engagement. » Depuis lors, v. not. L. LAROMBIÈRE, *op. cit.* (*supra*, note 157), t. I, art. 1101, n° 3, p. 3 : « Voilà le caractère essentiel du contrat ; il est essentiellement une convention obligatoire, c'est-à-dire susceptible d'être ramenée à exécution par les voies de droit. » ; M. PLANIOL, *op. cit.* (*supra*, note 9), t. II, 1923, n° 163, p. 58 : « Le contrat a pour effet de faire naître, de modifier, de transférer ou d'éteindre des obligations et, à l'occasion, des droits réels. » ; et finalement F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, (*supra*, note 181), n° 49, p. 60 : « La distinction du contrat et de la convention n'a plus guère d'intérêt ». L'assimilation a été également opérée par nombre de codes ou de projets de codification. V. ainsi *Projet de code des obligations et des contrats [commun à la France et à l'Italie]*, Commission française d'études de l'union législative entre les nations alliées et amies, 1927, Impr. nat., Paris, 1929, art. 1^{er} : « Le contrat est un accord de deux ou plusieurs personnes pour créer, modifier ou éteindre un rapport juridique. » ; définition que l'on retrouve aujourd'hui au C. civ. Italien, art. 1321 ; Trav. Comm. réforme C. civ., t. IV, 1948-1949, proj. livre sur les obligations, art. 1^{er} : « Le contrat ou convention est un acte juridique résultant de l'accord de deux ou plusieurs personnes. » ; Avant-projet de Code européen des contrats, Acad. privatistes européens, dir. G. Gandolfi, Pavie, 2001, art. 1^{er}.

qualification, considérant que, à l'exception peut-être des accords extinctifs, tout accord juridiquement formé produit nécessairement un tel effet⁽²¹⁵⁾. Une autre raison de repousser la définition restrictive du contrat est que sa nature demeure, même en ce cas, en tout point identique à celle des autres conventions, justifiant que son régime le soit tout autant, ce qui rend difficilement intelligible la solution qui consisterait à soumettre à deux qualifications différentes un seul et même objet juridique⁽²¹⁶⁾. À quoi on ajoutera que le terme de convention étant reçu dans le langage commun pour désigner toute espèce d'accord de volonté, juridique ou non, obligatoire ou pas⁽²¹⁷⁾, son emploi en droit prête à une confusion dont ne souffre pas le contrat, qui demeure toujours pour sa part un accord contraignant. Un point de vue plus élevé, enfin, laisse voir en dernier lieu que le *contractus* du droit romain ne se limitait pas à l'accord constitutif d'une obligation au sens strict mais à toute *conventio* faisant naître une action⁽²¹⁸⁾, et que si les auteurs ont fini, sous l'Ancien Régime, par réserver la qualification de contrat aux seuls accords constitutifs d'une obligation de faire ou de donner, ce fut pour maintenir une distinction, devenue artificielle, avec des conventions qui, nommées ou innommées, avaient toutes été entre-temps admises pour sources de droit. De sorte que ce que l'on prend encore pour une signification historique du contrat paraît bien plutôt correspondre à un moment de cette histoire, qui aura eu pour lui de laisser son empreinte dans un code, en dépit des raisons qui l'ont suscité.

On peut donc se contenter de définir aujourd'hui le contrat, ainsi qu'on le fait du reste le plus souvent, comme un accord de volonté – c'est-à-dire une convention – destiné à produire des effets de droit, quels qu'ils soient⁽²¹⁹⁾. L'accord modificatif, extinctif ou

(215) Pour la démonstration, v. *infra*, n° 355.

(216) V. en ce sens J. GHESTIN, *Droit civil – La formation du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 1993, n° 5, p. 5 : « De toute façon la distinction entre contrat et convention est sans intérêt pratique, car il est d'usage d'employer indifféremment les deux termes, comme l'avaient déjà fait les rédacteurs du Code civil. Le régime du contrat, au sens étroit du terme, n'offre d'ailleurs par rapport à celui de la convention aucune particularité notable. Le droit commun du contrat est finalement celui de la convention. »

(217) Ce que reconnaissent les juristes eux-mêmes. V. par ex. Ch. DEMOLOMBE, *op. cit.* (*supra*, note 13), t. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, [4^e éd.], 1877, n° 12, p. 11 : « une convention, en général, c'est l'accord, le concours des volontés de deux ou plusieurs personnes sur le même objet ».

(218) V. ainsi ULPYEN, in Dig., II, XIV, 1, § 3 : « Le mot de convention est général, s'appliquant à tout ce à quoi consentent pour contracter une affaire et transiger ceux qui passent des actes ; car, de même que ceux qui se rassemblent en venant de lieux divers et viennent en un lieu unique sont dits convenire (venir ensemble), ceux qui, venant de sentiment différents, en arrivent à sentir la même chose et à un sentiment unique. » (trad. J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, n° 552, p. 808, en note).

(219) Destiné par les parties, mais aussi par le droit, en ce sens qu'il ne peut être de contrat ainsi défini que si la loi reconnaît cet effet aux volontés contractantes. Ce qui justifiera à l'occasion de tenir pour proprement inexistantes les engagements réputés par leur objet comme relevant de la simple courtoisie, quelle que puisse être la volonté des parties sur ce point : v. *infra*, n° 269, spéc. note 53. Si l'accord de volonté est constitutif de droits, c'est donc bien *en tant que tel* et non pour ce qu'il serait, par exemple, la condition, même nécessaire, d'un effet trouvant sa seule source dans la loi ou dans une décision de justice. En quoi ni l'adoption ni le divorce par consentement mutuel ne sont proprement des contrats. Sur ces autres cas de figure, v. *infra*, n°s 127 et 128.

Pour cette définition du contrat, v. par ex. H. CAPITANT, *Les principes fondamentaux du droit des contrats*, Droit civil approfondi, Les Cours de droit, 1932-1933, p. 9 : « Le contrat est un accord de volonté par lequel deux, ou un plus grand nombre de personnes établissent entre elles un rapport juridique et en déterminent les conditions et les effets, ou bien modifient ou éteignent un rapport juridique préexistant ». Il semble que ce soit également la définition retenue au niveau européen. V. ainsi PDEC, art. 2:101 (1) : « Un contrat est conclu dès lors que (a) les parties entendaient être liées juridiquement, (b) et sont parvenues à un accord suffisant, sans qu'aucune autre condition soit (suite p. suiv.) »

récongnitif de droits n'en est dès lors pas moins contractuel que l'accord constitutif ou translatif⁽²²⁰⁾. Ainsi défini, il s'en déduit que le contrat sera inexistant en l'absence de volonté, en l'absence d'accord⁽²²¹⁾, ou en présence d'un accord de volonté non destiné à produire des effets de droit.

13. Régime et effets de l'inexistence : l'attraction du droit commun – Rien ne commande de prêter à l'inexistence des effets qui lui soient propres. L'intérêt d'une notion juridique n'est pas nécessairement de convoquer un régime qui n'appartienne qu'à elle : elle peut tout aussi bien avoir plus simplement pour objet d'ouvrir l'accès à un régime qui soit commun à plusieurs notions⁽²²²⁾. Son utilité ne se mesure pas tant alors au particularisme de ses effets qu'à la précision avec laquelle elle permet d'atteindre l'application de ce régime commun. Il en va ainsi de la nullité absolue, de la résolution et de la caducité rétroactives, qui tendent toutes, pour l'essentiel, à l'application d'un même régime, et il n'est aucune raison qu'il en aille autrement de l'inexistence, qui n'est qu'une autre voie d'y accéder.

À tout le moins serait-il légitime de réclamer de la doctrine inexistentiale qu'elle mette en évidence la raison pour laquelle l'inexistence devrait échapper aux règles normalement applicables, pour autant que la charge de la preuve pèse encore sur ceux qui prétendent s'y soustraire. Or, faute d'avoir jamais pu démontrer le bien-fondé de cette prétention⁽²²³⁾, la raison autant que le droit imposent de s'en tenir aux principes communs.

Ne serait-ce qu'en toute logique d'ailleurs, on comprendrait mal comment un contrat inexistant pourrait produire moins d'effet encore que le contrat absolument nul, c'est-à-dire précisément celui que l'on prive de tout effet. La nullité absolue marquant le degré zéro de l'efficacité d'un acte juridique, l'inexistence a vocation à en emprunter tous les aspects. Et si l'on admet, comme on n'en disconvient plus, de limiter le droit d'agir en nullité d'un contrat illicite, quitte à entériner ce faisant les effets que celui-ci aura pu produire en méconnaissance de l'ordre public, on ne voit pas ce qui justifierait de s'affranchir de ces mêmes limites pour remettre en cause une situation qui, pour manquer de fondement juridique, ne méconnaît pour sa part aucun impératif d'intérêt général. Les parties ont réalisé une opération, qui ne valait peut-être pas consentement à un contrat, mais dont elles

requisse. » ; Principes Acquis, art. 4:101 : « *Un contrat est formé si les parties ont l'intention de s'engager juridiquement et qu'elles parviennent à un accord suffisant.* » ; ou encore *Projet de cadre commun de référence – Terminologie contractuelle*, Assoc. H. Capitant et SLC, 2008, p. 19.

(220) Rapp. en ce sens la définition proposée du contrat in *Pour une réforme du droit des contrats*, dir. F. Terré, Dalloz, 2009, art. 7 : « *Le contrat est un accord de volontés par lequel deux ou plusieurs personnes établissent, modifient ou suppriment entre elles un rapport de droit.* »

(221) « *Sans consentement et sans concours de volontés, point de convention.* » (CAMBACÉRÈS, *Projet de Code civil*, impr. nat., 1796, art. 709).

(222) V. cep. en sens contraire J.-L. BERGEL, pour qui, nécessairement, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, pp. 257-272.

(223) Sur cet échec, v. *supra*, n° 5.

semblent au bout du compte se satisfaire : pourquoi revenir dans ces conditions sur une situation que le temps aura fini, comme toujours, par consolider ?

Puisque donc le régime de l'action qui a pour objet de faire constater la nullité absolue d'un contrat se conforme au droit commun de l'action civile, il apparaît tout naturel que celle qui vise à établir son inexistence se plie à ces mêmes règles⁽²²⁴⁾. Par cette subsumption sous le droit commun, l'inexistence se trouve ainsi soulagée des effets délétères dont on a voulu la grever, et délivrée par là même des griefs qui se sont jusqu'alors accumulés contre elle en empêchant de laisser voir son bien-fondé.

Si bien que, pas plus que l'acte atteint de nullité absolue, le contrat inexistant n'est tout d'abord susceptible de confirmation ni de régularisation⁽²²⁵⁾. La prétendue régularisation ne constituerait rien d'autre en effet qu'une réitération des consentements, propre à former en réalité le contrat pour la première fois, même rétroactivement⁽²²⁶⁾. À défaut d'une telle réitération, une apparence de contrat existant pourrait néanmoins prévaloir, et obliger dès lors à recourir juge pour y mettre fin⁽²²⁷⁾. L'action en déclaration d'inexistence sera alors ouverte à tout intéressé, comme toute action banale, c'est-à-dire à toute personne justifiant d'un intérêt légitime à agir à cette fin. Le cas échéant, le ministère public sera lui-même admis à introduire cette action civile s'il s'avère que le constat de l'inexistence de l'acte intéresse l'ordre public, que l'article 423 du Code de procédure civile lui donne mission de défendre⁽²²⁸⁾. En toute hypothèse, elle se prescrira selon le délai de droit commun⁽²²⁹⁾, soit

(224) Le constat judiciaire de l'inexistence en droit allemand ne se réaliserait pas autrement (d'après *Projet de cadre commun de référence – Terminologie contractuelle commune*, Assoc. H. Capitant et SLC, 2008, p. 482). Cette assimilation des effets et du régime des deux actions explique que la plupart des décisions ayant eu à statuer sur des cas d'inexistence ont pu aussi bien sanctionner le contrat de nullité absolue, ce qui justifiera de les citer à l'occasion au soutien de la première.

(225) Ainsi jugé que, à défaut de toute décision véritable, aucune confirmation n'était possible : CE, 18 mars 1921, *Sieur Gaubert*, *Rec.*, p. 328.

(226) V. en ce sens Ch. DUPEYRON, *op. cit.* (*supra*, note 186), n° 51, pp. 31-32, spéc. p. 31 : « *S'il en était autrement, l'efficacité de cet acte serait inexistante et la régularisation serait inconcevable puisqu'elle réparerait « quelque chose » qui n'existe pas, auquel cas aucune efficacité n'apparaîtrait ou alors la prétendue régularisation créerait cette efficacité et il s'agirait d'une création.* »

Quant à la disposition de l'article 1340 du Code civil, en vertu de laquelle les héritiers sont susceptibles de renoncer à se prévaloir de la nullité même absolue qui affecte la donation consentie par le *de cuius*, elle a vocation à s'appliquer aussi bien au cas de donation inexistante, pour autant que celle-ci aura pu paraître exister et valoir aux yeux du défunt. Dans le cas contraire, il ne sera plus de raison de permettre cette ratification. Ce qui justifie que la Cour de cassation ait pu déclarer l'article 1340 inapplicable à la donation restée en l'état d'un simple projet du vivant du donateur : Com., 4 janv. 1971, *Bull.*, IV, n° 2 ; *Defrénois* 1972, art. 30216, n° 76, obs. J.-L. Aubert. Sur la logique qui préside à cette disposition, v. *infra*, n° 270, spéc. note 72.

(227) Sur ce nécessaire recours au juge, v. *supra*, n° 5, *in medio*.

(228) Pour un exemple récent, v. 1^{re} civ., 13 mars 2007, *Bull.*, I, n° 113 (*Rapp.*, p. 326 ; *Gaz. Pal.* 2007, p. 1073, rapp. G. Pluyette et avis M. Domingo ; *D.* 2007, p. 1389, rapp. G. Pluyette, et p. 1395, note E. Agostini ; *Defrénois* 2007, p. 781, obs. J. Massip ; *Les grands arrêts jur. civ.*, 12^e éd., par F. Terré et Y. Lequette, Dalloz, t. I, 2007, n° 32), qui reconnaît au ministère public la faculté d'agir en contestation de la validité d'un mariage en réalité inexistant pour avoir été célébré entre deux personnes de même sexe. Sur ce cas d'inexistence, v. *infra*, n° 393, spéc. note 401. La solution est donc là encore la même que celle valant pour les nullités qualifiées, pour cette raison, d'ordre public.

(229) V. en ce sens 3^e civ., 21 mai 2014, pourvoi n° 13-16591, *RDC* 2014, p. 605, obs. Th. Genicon, à propos d'une cession de parts sociales à laquelle le cessionnaire n'avait pas consenti. Ou selon encore les délais spéciaux applicables en certaines matières, même lorsqu'ils s'analysent comme des délais de forclusion. Le délai triennal prescrit pour critiquer le contrat de société (C. civ., art. 1844-14, et C. com., art. L. 235-9), le

désormais cinq années au lieu de trente depuis la réforme du droit de la prescription opérée par la loi du 17 juin 2008 (C. civ., art. 2224 nouv.), ce délai courant du jour où l'apparence de contrat se sera manifestée, aux yeux du demandeur au moins⁽²³⁰⁾. L'exception d'inexistence, en revanche, demeure comme toute autre perpétuelle, quand bien même le contrat aurait été partiellement voire déjà entièrement exécuté par le défendeur qui s'en prévaudrait⁽²³¹⁾, tant que celui-ci s'y sera soumis dans la croyance que son engagement existait véritablement. Dans le cas contraire, on déduira de son exécution volontaire son intention de former le contrat que son prétendu créancier aura cherché à lui opposer, et on lui refusera, pour cette raison, d'arguer encore de l'inexistence de son engagement. Omettrait-il de s'en prévaloir, que le juge serait toujours susceptible de le relever d'office (C. proc. civ., art. 12) en provoquant à cette fin les observations des parties (art. 16, al. 3)⁽²³²⁾, quitte à leur permettre ce faisant de conclure, même rétrospectivement, le contrat litigieux.

Pour ce qui est enfin de la question probatoire, on s'en tiendra là encore aux règles communes. S'il appartient au créancier d'établir l'existence de sa créance (C. civ., art. 1315, al. 1^{er}), c'est qu'il incombe en général au demandeur de faire la preuve de son fait. Il en résulte que là où le premier aura pu se contenter de justifier d'un contrat apparent⁽²³³⁾,

délai décennal imposé à la contestation d'une clause du règlement de copropriété (L. 10 juill. 1965, art. 42), ou encore le délai de deux mois qui règle le recours pour excès de pouvoir exercé contre un acte de l'Administration (C. just. adm., art. R. 421-1), ont donc tous vocation à régir aussi bien l'action en déclaration d'inexistence, contrairement aux effets que la jurisprudence lui prête encore parfois (v. *supra*, n° 6, spéc. notes 105, 139 et 142).

(230) Sur le risque que fait courir le raccourcissement de ce délai de prescription à l'entreprise qui vise à mieux définir la notion d'inexistence, v. *supra*, n° 5, *in fine*.

(231) ~~Rappr. en ce sens 1^{re} civ., 20 mai 2009, *Bull.*, I, n° 96 (D. 2010, pan., p. 231, obs. S. Amrani Mekki), qui borne, enfin, à la seule nullité relative la solution prétorienne selon laquelle l'exécution par le débiteur l'empêcherait d'excepter de la nullité du contrat, puisqu'il n'est qu'en ce cas en effet que l'exécution est susceptible de valoir confirmation.~~

(232) En ce sens, v. par ex. F. HAGE-CHAHINE, « Le rationnel et l'empirique dans la notion d'inexistence en matière d'actes juridiques », *op. cit.* (*supra*, note 63).

On enseigne parfois que ce pouvoir de relever d'office un moyen ne consisterait jamais pour le juge qu'en une simple faculté dès lors que le moyen n'est pas d'ordre public : nul ne pourrait donc lui reprocher de ne pas s'en être saisi et fonder dès lors sur ce grief un pourvoi en cassation. On se défendra pourtant mal de l'idée que ce pouvoir d'appréciation abandonné au juge du fond quant à l'application d'une règle de droit ne peut guère se justifier que pour ce que la vérification de sa mise en œuvre implique un examen des faits qui ressortissent, pour leur seule part, à sa compétence exclusive. De sorte que si le pourvoi doit être rejeté, ce sera pour la seule raison que le moyen sera en réalité mélangé de fait et de droit, et non pour ce que le choix du juge de ne pas relever l'inexistence du contrat échapperait à toute critique. Que les faits soient suffisamment établis et relatés dans le corps même de la décision attaquée, et la Cour de cassation sera mise en mesure de porter une appréciation sur son bien-fondé, et de censurer cette décision pour avoir conclu à l'existence d'un contrat sur le fond d'un examen qui laissait voir que l'engagement était au contraire inexistant. Pour être restreint, le contrôle de l'existence du contrat par la Cour de cassation n'en est pas moins certain. On ne comprendrait pas, à défaut, que l'on puisse autoriser les juges à ignorer la solution qui s'imposait en droit. Le raisonnement n'est donc pas différent de ce point de vue encore de celui qui vaut au cas de nullité absolue : même pour un contrat illicite, le juge devra toujours se pencher dans un premier temps sur les éléments de fait qui lui permettront de découvrir l'intention des parties et sans lesquels pas plus lui que la Cour de cassation ne pourrait conclure à la violation de la loi.

(233) Rappr. sur ce point R. JAPIOT, *op. cit.* (*supra*, note 9), pp. 428-429, note 2, spéc. p. 429, qui évoque l'opinion de Étienne BARTIN : « *Suivant l'idée que nous exposait d'une façon si lumineuse M. le professeur Bartin à la Conférence d'agrégation qu'il a dirigée pendant l'année 1906-1907, le demandeur n'a jamais à faire une preuve* (suite p. suiv.) »

même en produisant à cette fin l'*instrumentum* éventuellement requis par la loi, le second sera appelé à démontrer qu'il y manque l'un des éléments nécessaires à sa perfection⁽²³⁴⁾. Si le contrat n'est pas même apparent, en revanche, il ne contraindra personne, ni à l'exécuter, ni à le contester⁽²³⁵⁾.

Identique à la nullité absolue dans le régime de son action, l'inexistence ne l'est pas moins dans celui de ses effets. Ceux-ci, en premier lieu, opèrent de plein droit, ce qui signifie que le jugement qui constate l'inexistence du contrat n'est que déclaratif, et nullement constitutif de droits⁽²³⁶⁾. Il en résulte que l'effet de ce jugement sera essentiellement rétroactif, ou pour mieux dire rétrospectif, considérant que, le contrat n'ayant jamais existé, les juges ne feront que prendre acte d'une situation demeurée inchangée⁽²³⁷⁾. Si malgré tout quelques dispositions particulières prévoient d'entériner juridiquement l'apparence jusqu'alors constituée, en limitant à l'avenir les effets du constat judiciaire, alors celles-là auront la même vocation à s'appliquer que le juge relève l'inexistence ou la nullité du contrat⁽²³⁸⁾. Une fois prononcée, l'inexistence s'impose *erga omnes*, comme il en va pour toute décision de justice, mais elle ne sera réputée connue, sauf dispositif ordonnant la publication du jugement, que de ceux à qui celui-ci aura été notifié. De sorte que, à défaut pour les parties de produire une copie de la décision, ou à tout le moins d'informer les intéressés de son prononcé, elles devront assumer l'apparence de contrat qui pourrait continuer à prévaloir à leur endroit. Inexistante, la convention sera en

complète de son droit ; il établit une apparence en sa faveur ; le défendeur essaye de détruire celle-ci en établissant, lui aussi, une apparence en sa faveur ; et le juge décide selon l'apparence la plus favorable. »

(234) En ce sens exactement : Soc., 7 janv. 1997, pourvoi n° 93-44126 ; 18 déc. 2000, *Bull.*, V, n° 425 ; 7 juill. 2010, pourvoi n° 08-45629 ; et encore 5 déc. 2012, pourvoi n° 11-22769, selon quels arrêts il appartient à celui qui invoque le caractère fictif d'un contrat de travail apparent d'en administrer la preuve.

(235) On émettra par conséquent quelque doute sur une solution qui consisterait, pour le droit allemand, à renverser la charge de la preuve selon qu'il est argué de la nullité ou de l'inexistence du contrat, au prétexte qu'il n'appartiendrait plus dans ce dernier cas au débiteur de prouver la nullité mais au créancier d'établir l'existence du contrat (selon *Projet de cadre commun de référence – Terminologie contractuelle commune*, loc. cit., *supra*, note 224). Entre ces deux cas, seul change l'objet et non la charge de la preuve. Le prétendu renversement n'opérerait que si le débiteur discutait d'emblée la validité du contrat, reconnaissant par là même son existence et exonérant ainsi le créancier d'avoir à l'établir au moins en apparence. Mais rien ne l'oblige à prendre ainsi les devants : la chronologie du procès lui recommande tout au contraire d'attendre que son adversaire ait établi le contrat, ou son apparence, avant de le discuter.

(236) En ce sens, v. par ex. L. JOSSERAND, *op. cit.* (*supra*, note 35), n° 149, p. 108 : « si le tribunal est saisi et s'il décide, ce sera pour constater l'inexistence, non pour la prononcer. » Le jugement ne créera proprement une situation juridique nouvelle que pour les actes qui auront été dressés de ce contrat et qui se verront ainsi privés de la force probante, sinon même exécutoire, qui leur était due. Sur l'anéantissement, par exemple, de l'acte de mariage pour inexistence de ce dernier, v. *supra*, n° 5, spéc. note 53.

(237) Si le jugement produit un effet, ce n'est que sur l'apparence qui pouvait jusqu'alors prévaloir et qui, seule, se trouvera rétroactivement anéantie. Il n'en va pas différemment de ce point de vue que le contrat fût atteint d'inexistence ou de nullité absolue : en ce dernier cas même, le jugement ne fait que constater que le contrat n'a jamais produit d'effets, ne mettant fin qu'à une apparence de contrat valable. N'est proprement rétroactive, et comme telle constitutive de droits, que la décision annulant une convention atteinte de nullité relative : alors seulement, on privera de ses effets passés un contrat qui les avait réellement produits, comme si l'on en prononçait la résolution. En quoi cette autre nullité est *de droit*, laissée à l'appréciation du contractant exerçant un droit subjectif d'annulation, et non plus *de plein droit*, qui s'imposerait selon le droit objectif même (v. *supra*, n° 2, spéc. note 12).

(238) L'hypothèse vise en particulier l'anéantissement du mariage putatif (v. *supra*, n° 5, spéc. note 54) ou celui de la société (v. *supra*, n° 6, spéc. note 140).

autre réputée l'être entièrement, à moins que l'une seule de ses stipulations n'ait été ainsi écartée⁽²³⁹⁾, auquel cas on s'interrogera sur le caractère éventuellement déterminant de cette clause aux yeux des contractants de façon à décider si elle doit emporter l'ensemble de l'accord dans son néant. L'autonomie de certaines stipulations se présume parfois, ce qui leur permettra aussi bien d'échapper, à l'inverse, au constat de l'inexistence du contrat à l'occasion duquel elles auront été souscrites⁽²⁴⁰⁾. L'exécution d'un contrat inexistant donnera alors lieu à restitution, au titre du paiement de l'indu, dans les mêmes conditions que celles valant pour toute autre cause d'anéantissement rétroactif⁽²⁴¹⁾ : la répétition interviendra en nature par principe, et en valeur seulement par défaut, celle-ci s'appréciant au jour de la restitution ordonnée par le juge⁽²⁴²⁾. La faute éventuelle de l'*accipiens* qui aura

(239) On a déjà eu l'occasion d'observer sur ce point que la clause réputée non écrite est susceptible de concerner autant la clause illicite, affectée de nullité absolue, que la clause incohérente, seule véritablement inexistante. Sur ce dernier cas de figure, v. *infra*, n° 143, *in medio*, spéc. note 289.

(240) C'est du reste cette autonomie de la clause d'arbitrage qui justifie de la qualifier de *pacte* compromissaire. L'analyse commande cependant une solution plus nuancée lorsque cette clause n'a pas seulement été convenue à l'occasion d'un contrat mais s'est inscrite en son sein même. En ce cas en effet, il faudra vérifier que la cause d'inexistence du contrat principal ne vaut pas également pour la clause compromissaire qui s'y trouvait contenue. S'il est parfaitement fondé de mettre ainsi obstacle à la contagion de l'inexistence du premier sur la seconde lorsque l'on relève que cette dernière a été par la suite tacitement réitérée, il l'est beaucoup moins de justifier cette décision par le motif selon lequel « *en application du principe de validité de la convention d'arbitrage et de son autonomie en matière internationale, la nullité non plus que l'inexistence du contrat qui la contient ne l'affectent* » : 1^{re} civ., 25 oct. 2005, *Bull.*, I, n° 378 ; *D.* 2005, pan., p. 3052, obs. Th. Clay ; *D.* 2006, p. 199, avis J. Sainte-Rose ; *Rev. arbitr.* 2006, p. 103, note J.-B. Racine ; et encore 11 juill. 2006, *Bull.*, I, n° 364 ; *D.* 2006, IR, p. 2051. Car, ce qui peut valoir pour la nullité, ne vaut plus nécessairement ici pour l'inexistence : alors que les conditions de validité de la clause d'arbitrage ne sont pas toujours celles du contrat principal, dont l'objet ou la cause peuvent par exemple être illicites sans que le soient ceux de cette clause, les conditions d'existence de cette dernière paraissent intimement liées en revanche à celles de la convention qui la contient. S'il n'y a pas eu d'accord sur le contrat dans son ensemble, il y a peu de chance que, sauf circonstances particulières, il y en ait eu sur la clause d'arbitrage qui s'y inscrivait. Ce qu'avait justement décidé à l'époque la Cour de cassation en jugeant « *qu'en matière d'arbitrage international, l'autonomie de la clause compromissaire trouve sa limite dans l'existence, en la forme, de la convention principale qui contiendrait la clause invoquée* » : 1^{re} civ., 10 juill. 1990, *Cassia*, pourvoi n° 88-13877 ; *RTD com.* 1991, p. 578, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin ; *JDI* 1992, p. 168, note E. Loquin ; *Rev. arbitr.* 1990, p. 851, 1^{re} esp., note J.-H. Moitry et C. Vergne. À plus forte raison se gardera-t-on de prêter effet à une clause d'arbitrage dont les juges auront spécialement constaté l'inexistence. On concevra donc à nouveau quelques préventions contre cette autre décision de la Première chambre civile qui, saisie d'un arrêt ayant relevé pour l'écarter que « *la clause compromissaire, qui n'a pas été acceptée dans un accord définitif, est inexistante* », exerce nonobstant sa censure pour la seule raison qu'il s'agissait là de « *motifs impropres à établir le caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité de la clause d'arbitrage* ». D'où il résulterait que, pour la Cour de cassation, une clause qui n'existe pas n'est pas manifestement inapplicable... V. 1^{re} civ., 28 nov. 2006, pourvoi n° 05-10464, *D.* 2008, pan., p. 182, obs. crit. Th. Clay, lequel conclut : « *Quelle que soit la faveur que l'on a pour l'arbitrage, celui-ci demeure une justice dérogatoire, qui tire sa légitimité de ce qu'il est voulu par les parties. À trop forcer le consentement des parties, on risque de pervertir l'arbitrage.* »

(241) Quoi qu'ait pu juger la Cour de cassation, pour laquelle « *les restitutions consécutives à une annulation ne relèvent pas de la répétition de l'indu mais seulement des règles de nullité* » (1^{re} civ., 24 sept. 2002, *Bull.*, I, n° 218 ; *D.* 2003, p. 369, note crit. J.-L. Aubert), on ne voit pas bien en effet comment ce qui a été payé au titre d'un contrat en réalité nul ou inexistant pourrait ne pas constituer un paiement indu, justiciable en tant que tel des articles 1376 et suivants du Code civil. V. du reste C. com., art. L. 442-6, III, al. 2 (issu de L. 2001-420 du 15 mai 2001) : « *Lors de cette action [contre l'accord anticoncurrentiel], le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu.* »

(242) Tel est en effet la règle pour toute dette de valeur. Elle est, depuis la loi n° 60-464 du 17 mai 1960, consacrée au sein même du Code civil : v. art. 548, 549, 554, 555 (al. 3), 566, 570 à 572, 574, 576, 587, 616, (suite p. suiv.)

reçu le paiement en connaissance, ou en méconnaissance inexcusable, de l'inexistence de l'engagement le contraindra à réparer le préjudice résiduel du *solvens* qui n'aurait pas été parfaitement rétabli par les règles quasi-contractuelles. Sa responsabilité sera alors délictuelle, par hypothèse, en l'absence de tout contrat⁽²⁴³⁾.

Par où l'on voit que l'inexistence est très loin de porter en elle le germe tant craint du désordre juridique. Le juge la constatera comme il relève la nullité absolue, en lui faisant produire exactement les mêmes conséquences⁽²⁴⁴⁾. L'examen de la théorie de l'inexistence n'est donc pas celui de ses effets, ni de son régime, mais bien celui de ses causes, qui seules la distinguent de ces autres voies d'anéantissement⁽²⁴⁵⁾.

14. Une étiologie de l'inexistence – Il s'infère de ce qui précède que pour vérifier la pertinence de la notion d'inexistence, il faut en établir les causes, et démontrer que celles-ci ne sont pas, en particulier, celles de la nullité absolue. On ne tiendra à cet égard pour inexistant que le contrat qui n'existe pas, ou pas encore, et non celui qui n'existe plus : en ce dernier cas en effet, le contrat a existé, et n'a disparu que pour une autre cause⁽²⁴⁶⁾. On se propose donc, chemin faisant, de longer la frontière du territoire contractuel, afin, en mesurant ainsi l'étendue, de déterminer à quel moment le contrat existe et à quel autre il est inexistant. Pour y aider, l'arpent est à présent connu : on s'appuiera sur la définition du

658, 660 et 661. V. égal. 3^e civ., 19 nov. 2008, *Bull.*, III, n° 179. Et la solution n'est pas appelée à changer : v. ainsi l'Avant-projet de réforme du droit des obligations, dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, art. 1163-6 et 1164-6.

(243) Et si même il avait existé un contrat, mais différent, entre les deux parties, la responsabilité de l'*accipiens* ayant reçu le paiement indu n'en demeurerait pas moins délictuelle, dès lors que, par hypothèse toujours, l'apparence ainsi entretenue ne l'aura pas été en exécution ni en contravention d'une obligation contractuelle.

(244) Sur cette communauté de régime, v. A. TISSIER, note préc. (*supra*, note 19) ; A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.* (*supra*, note 9), n° 64, pp. 77-78, et n° 68, pp. 83-85 ; L. JOSSERAND, *op. cit.* (*supra*, note 35), n° 151, pp. 111-112 ; A. BÉNABENT, *Droit civil – Les obligations*, 11^e éd., Montchrestien, 2007, n° 202, p. 157 : « En vérité, la question est sans réelle portée pratique » ; G. TAORMINA, *op. cit.* (*supra*, note 168), n° 40, pp. 26-27 ; S. GAUDET, art. préc. (*supra*, note 169), p. 348, qui note que « La seule distinction entre les actes inexistantes et les « actes-nuls-qui-ne-sont-pas-présumés-valides » est l'existence juridique de ces derniers, mais cette différence n'a aucune conséquence pratique. » ; V. PELTIER, art. préc. (*supra*, *ibid.*), n° 54, p. 972 : « rien ne justifie que le régime juridique d'actions de droit commun, depuis longtemps éprouvées, varie pour la seule raison qu'elles mettraient en jeu l'inexistence. » ; J.-L. BAUDOUIN et P.-G. JOBIN, *Les obligations*, 6^e éd., Y. Blais, Cowansville, Québec, 2005, collab. N. Vezina, n° 401.

(245) En ce sens, v. not. M. PLANIOL, *op. cit.* (*supra*, note 9), n° 349, p. 133, note 1 : « Cette identité de situation entre l'acte nul de plein droit et l'acte inexistant se trouve écrite en quelque sorte dans les textes : lisez l'art. 1131 qui dit que la convention illicite (c'est-à-dire nulle) « ne peut avoir aucun effet », et l'art. 932 qui, parlant d'une donation non encore acceptée (c'est-à-dire non encore achevée comme convention), dit qu'elle n'a pas d'effet. Les actes inexistantes et les actes nuls de plein droit se trouvent ainsi confondus dans le même néant ; il n'y a de différence entre eux que dans la cause qui les rend stériles » ; X. BARRE, *loc. cit.* (*supra*, note 63) : « Si l'on peut admettre que d'une façon générale il n'y a aucune différence pratique entre le contentieux de l'inexistence et celui de la nullité en droit civil, il n'empêche que certaines situations s'expliquent beaucoup mieux par une inexistence que par une nullité. » ; puis p. 13, *in fine* : « On doit conclure que l'inexistence correspond à certaines situations juridiques, plus nombreuses qu'on pourrait le penser, dans lesquelles le contrat n'a pas pu se former, mais que, sur le plan contentieux, cette inexistence ne peut se faire valoir que par le biais des procédures de nullité, généralement la nullité absolue. » ; D. VEAUX, art. préc. (*supra*, *ibid.*), n°s 14 et 15, p. 6 : « On peut conclure qu'il n'y a aucune différence pratique entre le contentieux de l'inexistence et le contentieux de la nullité. [...] Mais cela n'empêche pas que certaines situations s'expliquent beaucoup mieux par une inexistence que par une nullité. [...] Il y a certainement des cas d'inexistence distincts des cas de nullité. Mais on ne peut les sanctionner que par les mêmes voies contentieuses que les nullités. »

(246) Par caducité ou par résolution, notamment, mais également par nullité relative, qui n'opère elle aussi, même rétroactivement, que sur un contrat qui a continué à produire ses effets jusqu'au prononcé de l'annulation.

contrat compris comme un accord de volonté destiné à produire des effets de droit⁽²⁴⁷⁾. De cette définition, il apparaît ainsi que la volonté constitue la source exclusive de l'engagement contractuel, celle qui en forme l'essence même⁽²⁴⁸⁾.

Or la volonté peut manquer à deux points de vue : à sa propre source, qui puise chez son auteur, ou dans sa projection, qui coule dans l'intention que celui-ci aura exprimée. Cette division primordiale, qui n'est autre que celle opposant le sujet à l'objet⁽²⁴⁹⁾, conduira à constater que l'inexistence du contrat trouve une première série de causes dans la déficience de l'auteur de la volonté (1^{re} partie), avant de vérifier, plus longuement, que la plupart d'entre elles tiennent cependant à une déficience de la teneur de cette volonté (2nde partie).

(247) Sur cette définition, v. *supra*, n° 12.

(248) Sur l'essence du contrat, v. *supra*, n° 11.

(249) L'objet (étym. *ob-ject*, ce qui est jeté ou placé devant) n'existe que par le sujet qui le fait, le pense ou l'observe ; de même que le sujet (étym. *sub-ject*, ce qui est placé dessous) n'existe que parce qu'il est celui qui observe, pense ou fait un objet. C'est en ce sens que l'on peut encore distinguer le sujet d'une étude, qui est ce dont elle traite, de son objet, qui est ce vers quoi elle tend. Sur cette dialectique, v. par ex. A COMTE-SPONVILLE, *op. cit.* (*supra*, note 185), v° Objet : « *Étymologiquement, c'est ce qui est placé devant. Devant quoi ? Devant un sujet. C'est en quoi les deux notions sont indissociables. Là où il n'y a pas de sujet, il peut bien y avoir des êtres, des événements ou des choses, mais il n'y a pas d'objet.* » ; puis v° Sujet : « *le sujet s'oppose à l'objet comme ce qui connaît à ce qui est connu, ou comme ce qui veut et agit à ce qui est fait.* »

PREMIÈRE PARTIE

L'INEXISTENCE POUR CAUSE DE DÉFICIENCE CHEZ L'AUTEUR DE LA VOLONTÉ

15. La faculté de contracter – Tirant sa source de la volonté de ses auteurs, le contrat ne peut exister qu'à cette première condition que le droit reconnaisse qualité aux parties pour contracter. Or, si toute personne humaine est par nature élue à cette puissance, ce n'est que dans le respect d'une double exigence. La personne doit d'abord exister en fait et en droit, sous peine de ne pouvoir inscrire aucune volonté sous son nom. Celui qui entendrait agir seul doit en outre jouir de cette raison commune qui fait l'essence de la personne humaine et qui la désigne comme sujet de droit, sous peine cette fois de ne pouvoir inscrire son nom au contrat que par la volonté d'un autre. Dans le premier cas, c'est la personnalité juridique du contractant qui fera défaut (Chapitre I^{er}) ; dans le second, ce sera sa conscience juridique (Chapitre II).

CHAPITRE I^{ER}L'ABSENCE DE
PERSONNALITÉ JURIDIQUE

16. Être une personne – Toute chose est, qu'elle soit par essence animée ou inanimée. Animée, la chose est vivante, et peut être plus ou moins sensible, selon qu'elle appartient au règne animal ou végétal. Parmi l'infinie variation animale, un être plus sensible et plus conscient que tout autre s'est distingué : l'*être humain*, par qui est né le droit.

L'être humain devient *personne humaine* dans son rapport avec l'autre, intégré à la société de ses semblables, par eux admis dans son individualité comme étant un dans le tout⁽¹⁾ : il devient une personne lorsque l'autre le reconnaît, lorsqu'il l'entend⁽²⁾ ou le voit⁽³⁾ comme tel.

Pour pénétrer enfin le monde du droit, la personne humaine revêt une personnalité juridique, qui la rend apte à disposer de droits et à supporter des obligations.

(1) V. par ex. Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. I, *Traité de la publication des effets et de l'application des lois en général*, 6^e éd., A. Durand et al., 1880, n° 132 : « La personne, c'est l'homme, c'est l'individu lui-même, considéré par la loi dans ses rapports avec les autres hommes, avec la place qu'il occupe dans la société ». Rappr. J. G. FICHTE, *Fondement du droit naturel*, 1796, trad., présent. et annot. A. Renaut, PUF, 1984, 1^{re} part. : « l'homme ne devient homme que parmi les hommes » (p. 54), puis « le concept d'individualité est une notion réciproque » (p. 62). Hors du droit, v. encore « La notion de personne exprime ce vœu d'une existence humaine engagée parmi les hommes » (G. GUSDORF, *Traité de l'existence morale*, A. Colin, 1949, p. 380) ; « C'est que l'essentiel de la personne, à la différence de l'individu, n'est pas le moi, mais l'autre. » (J. CHEVALIER, *La vie morale et l'au-delà*, Flammarion, 1938, p. 103).

(2) Lat. *per sonare*, puis *personare* : produire un son à travers, résonner, retentir. Pour cette étym. lat. primitive, v. par ex. N. BEAUZÉE, in *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, par D. Diderot et J. d'Alembert, éd. Briasson et al., Paris, t. XII, 1765, v° Personne, gramm., § 2 ; R. NAZ, *Dictionnaire de droit canonique*, éd. Letouzey et Ané, t. VI, 1954, v° Personne, I, col. 1355 ; J.-F. ROBINET, in *Encyclopédie philosophique universelle*, dir. A. Jacob, t. II, *Les notions philosophiques*, dir. S. Auroux, 2^e éd., PUF, 1998, v° Personne, p. 1913 ; F. TERRÉ, *L'enfant de l'esclave*, Flammarion, 1987, pp. 113-114 ; F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil – Les personnes. La famille. Les incapacités*, Dalloz, 7^e éd., 2005, n° 10, p. 10.

(3) Gr. *prosôpon* : étym. devant le regard ; désigne plus spéc. le visage humain (HOMÈRE, *Odyssée*, XIX, 361, et XX, 352 ; *Iliade*, VII, 211, et XVIII, 414), puis le masque de scène et, par méton., le personnage représenté. Lat. *persona* : masque de scène dont les lamelles métalliques avaient pour effet de faire résonner la voix de l'acteur (rappr. étym. prim., *supra*, note 2), puis là encore, le rôle joué ou le personnage représenté (v. par ex. CICÉRON, *De Officiis*, I, XXX, 107).

La *personne juridique* est seule sujet de droit⁽⁴⁾ : sujet du droit objectif, elle est assujettie ; sujet de droits subjectifs, elle est titulaire, actif ou passif⁽⁵⁾. Elle peut aussi être objet de droit, objectif, lorsque, notamment, le droit pénal veille au respect de son intégrité en visant comme seul sujet le délinquant⁽⁶⁾. Les simples choses quant à elles, parce qu'elles n'ont pas de personnalité juridique, ne pourront jamais être qu'objet de droit.

Distinctes en notion⁽⁷⁾, personnalité humaine et personnalité juridique se trouvent toutefois associées en ce que toute personne humaine se voit par principe attribuer une personnalité juridique, projetée d'office sur la scène du droit⁽⁸⁾.

(4) Pour une tentative de distinction entre *personne juridique* et *sujet de droit*, v. cep. M. VIRALLY, *La pensée juridique*, LGDJ, 1960, rééd. 1998, pp. 119-126 ; G. DE LA PRADELLE, *L'homme juridique*, PU Grenoble et F. Maspero, 1979, pp. 116-138, spéc. 127-128 ; R. MARTIN, « Personne et sujet de droit », *RTD civ.* 1981, pp. 785-802 ; G. GOUBEAUX, *Les personnes*, LGDJ, 1989, n° 18, p. 25, note 57.

(5) Sur cette dualité sémantique du sujet de droit, v. par ex. F. TINLAND, « La notion de sujet de droit dans la philosophie politique de Th. Hobbes, J. Locke et J.-J. Rousseau », *Arch. phil. dr.*, t. 34, *Le sujet de droit*, 1989, pp. 51-66 ; J. CARBONNIER, « Sur les traces du non-sujet de droit », *ibid.*, pp. 197-207, spéc. p. 198, et *Flexible droit*, 10^e éd., LGDJ, 2001, pp. 231-246, spéc. p. 232 ; S. GOYARD-FABRE, « Sujet de droit et objet de droit – Défense de l'humanisme », in *Sujet de Droit et objet de Droit*, colloque mai 1992, *Cah. phil. pol. et jur.* n° 22, PU Caen, 1993, pp. 9-30, spéc. pp. 12-13 et 24.

(6) En ce sens, v. par ex. G. DE LA PRADELLE, *op. cit.* (*supra*, note 4), pp. 101-102. C'était encore, traditionnellement, le cas du droit international public, qui ne visait pour seuls sujets de droit que les États puis les organisations internationales, les autres personnes juridiques n'y étant comprises que comme objets de droit. Mais la matière a depuis évolué, finissant par admettre à leur tour, et dans une certaine mesure, les particuliers comme sujets de droit international, susceptibles de saisir la Cour européenne des droits de l'homme et justiciables du Tribunal pénal international (v. not. F. SATCHIVI, *Les sujets de droit – Contribution à l'étude de la reconnaissance de l'individu comme sujet direct du droit international*, L'Harmattan, 1999 ; G. COHEN-JONATHAN, « L'individu comme sujet de droit international – Droit international des contrats et droit international des droits de l'homme », in *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, pp. 223-260 ; et précurseur : R. CASSIN, « L'homme sujet de droit international et la protection des droits de l'homme dans la société universelle », in *La technique et les principes de droit public – Mélanges en l'honneur de Georges Scelle*, LGDJ, 1950, t. I, pp. 67-91).

Par contre, la personne ne paraît pas pouvoir être objet de droit subjectif. Une convention internationale, qui lie les États comme autant de sujets de droit, peut bien créer pour ceux-ci des droits subjectifs constitués au bénéfice de particuliers, objets de cette protection (e.g. Convention de Genève du 12 août 1949 relative au traitement des prisonniers de guerre), mais ce droit conventionnel international s'appliquera alors comme droit objectif pour ceux qui n'y sont pas parties. Au sein d'un même ordre juridique, la personne ne peut être tenue que pour titulaire des droits subjectifs qui y abondent (les auteurs qui envisagent l'hypothèse dans laquelle la personne serait objet de contrat ne visent en réalité par là que les contrats portant restrictions aux libertés individuelles des personnes qui y sont parties).

(7) Sur cette distinction, v. par ex. L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. I, 1906, 3^e éd., par L. Trotabas, LGDJ, 1932, n° 2, pp. 6-8.

(8) V. ainsi Déclar. univ. dr. homme du 10 déc. 1948, art. 6 : « Chacun a le droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique. » Ce qui n'est pas toujours allé de soi (v. *infra*, n° 59 et s.) : ce n'est qu'au siècle des Lumières que l'assimilation s'affirma comme principe, sur l'inspiration de la pensée anglaise du XVIII^e siècle. V. not. J. LOCKE, *Two Treatises of Government* [Deux traités du gouvernement civil], 1690, trad. et présent. B. Gilson, éd. J. Vrin, 1997, II, chap. III et VIII. V. encore J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, pp. 115-116 : « Refuser à l'homme le titre de sujet de droit, ce serait le nier dans sa nature de personne humaine, la personne humaine ne pouvant vivre, dans la vie sociale, n'étant même pas concevable sans droit. », et p. 116 : « Du moment que l'homme est sujet de droit en raison de sa nature de personne humaine, tout homme est sujet de droit ». Sur l'effritement de cette corrélation aux frontières de la personne, v. par ex. A. BERTRAND-MIRKOVIC, *La notion de personne*, th. Paris II, 2001, PUAM, 2003, qui, retardant la personnalité juridique à la naissance, reconnaît cependant un statut juridique à la personnalité humaine, admise dès la conception ; v. encore, à l'autre extrémité, l'apparente dissociation opérée *post mortem* par le droit pénal (*infra*, n° 70). Pour la personne morale, v. *infra*, n° 27.

17. Personne physique et personne morale – La distinction, aujourd’hui toute juridique, entre personne physique et personne morale, trouve son origine dans l’antique division fondamentale de la personne humaine entre corps et âme⁽⁹⁾ : en son corps, la personne est physique ; en son âme, incorporelle, elle est morale, ou spirituelle. Alors que la théologie catholique maintint absolument le lien indéfectible unissant le corps humain à son âme⁽¹⁰⁾, le détachement radical proposé par la philosophie cartésienne au bénéfice de la seule substance spirituelle⁽¹¹⁾ offrit aux juristes, en émancipant la personne morale de toute enveloppe corporelle, l’occasion de trouver en cette personne d’un nouveau type, purement immatérielle, un formidable support à des solutions techniques restées jusqu’alors sans véritables explications théoriques⁽¹²⁾.

La division ainsi consommée, la personne physique vise aujourd’hui, en droit, non plus seulement l’essence corporelle de la personne humaine, mais cette personne en son entier, corporelle et incorporelle ; tandis que la personne morale, autrefois immanence de la seule personne physique, a accédé à son autonomie pour devenir une tout autre personne juridique, de nature purement transcendante. Si l’on ajoute que la personne physique ne se conçoit plus généralement aujourd’hui que réduite à son seul corps, toute autre forme de substance ayant été révoquée par la pensée matérialiste contemporaine, on observera que les personnes morales ont hérité de cette substance immatérielle à laquelle les personnes physiques ont fini par renoncer⁽¹³⁾.

(9) PLATON, *Phédon*, trad. P. Vicaire, Les Belles Lettres, 1984, chap. IX à XVIII, 64 c à 72 e ; *Timée*, in *Œuvres complètes*, trad. A. Diès, Les Belles Lettres, t. X, 1925, *passim* ; ARISTOTE, *De l’âme*, par A. Jannone, trad. et annot. E. Barbotin, 2^e éd., Les Belles Lettres, 1995, liv. II, chap. I, 412, pp. 29-32.

(10) V. not. THOMAS D’AQUIN, *Contra Gentiles* [*Somme contre les gentils*], env. 1260, Le Cerf, 1993, liv. II, chap. LVII à LXXIII, pp. 273-312.

(11) V. ainsi R. DESCARTES, *Discours de la méthode*, Leyde, 1637, J. Vrin, 1999, introd. et annot. E. Gilson, 4^e part., pp. 90-91, où, après avoir posé son célèbre *cogito ergo sum*, en infère : « je connus de là que j’étais une substance dont toute l’essence ou la nature n’est que de penser, et qui pour être n’a besoin d’aucun lieu ni ne dépend d’aucune chose matérielle, en sorte que ce moi, c’est-à-dire l’âme par laquelle je suis ce que je suis, est entièrement distincte du corps » ; puis *Meditationes de prima philosophia* [*Méditations métaphysiques*], 1641, trad. M. Beyssade, LGF, 1990, Méditation sixième ; et encore *Les passions de l’âme*, Paris, 1649, J. Vrin, 1994, introd. et annot. G. Rodis-Lewis, 1^{re} part., art. XXX, p. 88, estimant de l’âme qu’« elle est d’une nature qui n’a aucun rapport à l’étendue, ni aux dimensions, ou autres propriétés de la matière, dont le corps est composé ».

(12) La romanistique médiévale avait certes déjà fait des *universitates* de droit romain des *personae fictae* (BARTOLE), mais elle avait justement dû se contenter de cette fiction. Elle n’avait d’ailleurs sur ce point rien inventé : CICÉRON désignait déjà le peuple romain comme « *personam populi* » (*Pro Domo*, LII, 133) et la cité comme « *personam civitatis* » (*De Officiis*, I, XXXIV, 124). L’Église elle-même, qui avait toujours reconnu le *corpus* des communautés religieuses, en était venue à son tour à user de la métaphore personnaliste pour expliquer les prérogatives juridiques accordées à ces congrégations. Mais, dépourvue d’âme, cette pseudo-personne n’a jamais été excipée qu’à fin purement figurative, si bien que le pape INNOCENT IV en vint à condamner, pour cette raison, les excommunications de communautés (décr. 1245, *passim*, cité par R. NAZ, *op. cit.* (*supra*, note 2), v^o Personnes morales, II, col. 1384 et 1385). On tient PUFENDORF, du pays d’adoption de Descartes, pour avoir introduit le terme de *personae morales*, comme renvoyant aux personnes physiques ou aux groupements de personnes physiques en tant qu’ils se déterminent chacun par leur fonction sociale : S. VON PUFENDORF, *De jure naturæ et gentium* [*Le droit de la nature et des gens*], Amsterdam, 1672, trad. J. Barbeyrac, 5^e éd., Briasson, Paris, 1734, t. I, liv. I, chap. I, spéc. §§ XII à XIV, pp. 11-15, où il distingue la « *personne morale simple* », personne physique, de la « *personne morale composée* », qui est celle constituée d’une pluralité de personnes physiques.

(13) Par où l’on conçoit que répondre à la question de la nature de la personnalité morale puisse susciter des difficultés pas moins scolastiques que celles qui ont pu nourrir la réflexion théologique sur la nature de l’âme.

Pour éviter toute confusion sémantique, l'usage a, en France au moins, définitivement consacré le terme de *personne morale* en lieu de ceux hier concurrents de *personne juridique* ou de *personne civile*, tant il est vrai que les personnes physiques sont au moins autant juridiques et civiles que les personnes morales. C'est d'ailleurs parce que la personnalité juridique des personnes physiques est depuis longtemps considérée comme allant de soi que l'on avait cru pouvoir spécialement désigner comme *personnes juridiques* ou *civiles* les seules personnes morales⁽¹⁴⁾.

18. Personnalité juridique, statut et institution – L'étymologie projetée ici encore ses lumières. Le statut – comme la statue – trouve son étymon dans le latin *stare*, se tenir debout, puis *status*, ce qui tient debout, et *statuere*, faire tenir debout, élever, établir. De *statuere*, se sont formés *cum statuere*, puis *constituere*, établir avec, composer, et *in statuere*, puis *instituire*, établir dedans. *Statuer*, c'est donc, au sens le plus général, établir formellement de façon à poser d'autorité une chose comme acquise ; *constituer*, c'est établir un objet nouveau à partir d'un élément⁽¹⁵⁾ ou de plusieurs éléments préexistants⁽¹⁶⁾ ; *instituer*, c'est élever un élément nouveau dans un ensemble, l'y introduire de sorte qu'il y tienne debout et participe à soutenir le tout⁽¹⁷⁾.

Techniquement, le *statut* désigne un ensemble de règles ordonnées autour d'un même objet et destiné à l'organiser juridiquement en en déterminant sa condition et son régime : lorsqu'il vise une personne, ce statut est personnel ; lorsqu'il vise une chose, il est réel. À cette fin, la réglementation statutaire est par essence impérative : abandonnée à la libre disposition de l'intéressé, elle ne lui offrirait plus la structure juridique propre à garantir une existence pérenne dans le monde du droit. En toute hypothèse, l'horizon du statut se borne à la personne ou à la chose à laquelle il se donne. Au contraire, l'*institution* se détermine en fonction de l'ensemble dans lequel elle s'introduit : dans le sens large qui est communément le sien en droit, elle se définit ainsi comme un ensemble de règles coordonnées introduit au

(14) Quant à la terminologie opposant les *personnes réelles* aux *personnes fictives* (v. par ex. M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 9^e éd., LGDJ, t. I, 1922, n° 363, p. 139), elle a été reléguée à un emploi partisan aujourd'hui suranné (v. *infra*, n° 24 et s.). Comp. le droit anglais qui, éludant par pragmatisme toute question jugée par trop théorique, a radicalement opté pour une distinction opposant les *natural persons* aux *artificial persons* ou *legal persons* (v. M. STOKES, « Company Law and Legal Theory », in W. Twining, *Legal Theory and the Common Law*, 1986, p. 155 ; G. TEUBNER, « Enterprise Corporatism : New Industrial Policy of the "Essence" of the Legal Person », *Amer. Journ. Comp. Law* n° 130, 1988, p. 36 ; Ch. MITCHELL, « Companies and Other Associations », in P. Birks, *English Private Law*, Oxford Univ. Press, 2000, t. I, 3.18 à 3.43, pp. 141-155).

(15) On se *constitue* prisonnier ou partie civile en ce que l'on accède de cette façon à une qualité juridique nouvelle.

(16) En ce sens, une *constitution*, qu'elle soit physique ou juridique, est la réunion d'un ensemble organisé d'éléments structurant un tout unique et cohérent. Juridiquement, une constitution est donc aussi la première des institutions, en ce qu'elle est donnée à une société afin d'en assurer son organisation fondamentale.

(17) Pour le droit, ce sont bien sûr les *institutions* dont on fait l'étude constitutionnelle ou historique ; mais c'est aussi l'institution contractuelle, par laquelle le donataire est institué héritier, c'est-à-dire établi en cette qualité au sein d'une succession. C'est encore en ce sens que les instituteurs instituaient leurs élèves, dispensant un enseignement destiné à les instruire, ou que l'on rédigeait des institutes, manuels de droit propres à édifier la conscience juridique des lecteurs.

sein de la société elle-même pour l'organiser⁽¹⁸⁾. Une même réglementation peut donc apparaître comme un statut du point de vue particulier de celui qui y est soumis et comme une institution du point de vue général de l'ensemble dans lequel elle s'inscrit⁽¹⁹⁾. Mais le plus souvent, cette apparente correspondance fait fonds d'une imprécision sémantique, en ce que l'on ne visera plus, pour s'élever à l'institution, le statut d'une personne ou d'une chose individuellement désignée mais le principe même de l'existence d'un statut indifféremment applicable à une même catégorie de personnes ou de choses. Pour exemple, le mariage est un statut pour les époux qui l'ont adopté ; il n'est une institution que lorsque l'on évoque l'importance déterminante du lien matrimonial au sein de la société : *un* mariage confère un statut ; *le* mariage est une institution. Du reste, l'un et l'autre ne sont pas nécessairement liés : le contrat, qui s'oppose à l'idée même de statut⁽²⁰⁾, ne tient pas moins la place d'une véritable institution au sein du droit.

La personnalité juridique, condition d'existence de tout individu en droit, est donc certainement un statut. Il est même le premier d'entre tous, conférant un état et une capacité juridique⁽²¹⁾. Mais elle est aussi une institution, eu égard à la fonction prééminente qui est la sienne au sein de tout système juridique : sans elle en effet, nul rapport de droit subjectif ne pourrait s'établir. Et de ce point de vue, celle attachée à la personne morale ne l'est pas moins. Mais c'est la personnalité juridique qui possède ces deux qualités, et non la personne morale à qui elle est attribuée⁽²²⁾, de même qu'une personne physique est rarement dotée d'une fonction proprement institutionnelle. Si la théorie de l'institution a pu, dès son origine, tendre à voir une institution en toute personne morale, au point de faire de cette dernière l'aboutissement de la première⁽²³⁾, ce n'est que parce qu'elle s'est

(18) Rapp. déjà R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts* [L'esprit du droit romain], 3^e éd., t. I, 1873, trad. O. de Meulenaere, éd. A. Marescq, 1886, § 3, p. 37 : « les institutions juridiques [...] nous représentent l'ossature du droit, à laquelle se rattache sa substance entière, composée des règles du droit. » Sur les définitions plus particulières, ici hors propos, auxquelles a donné lieu la discussion de la notion en droit administratif, v. not. J. CHEVALLIER (dir.), *L'institution*, colloque Centre univ. rech. adm. et pol. Picardie, PUF, 1981.

(19) D'ailleurs l'usage ne distingue guère l'une de l'autre. V. pour illustration *infra*, n° 128, *in medio*, au sujet de l'opposition marquée entre le contrat et le statut, aussi souvent qualifié alors d'institution.

(20) V. *infra*, *ibid.*

(21) L'état, qui partage le même étymon que le statut, ne s'y confond pas absolument pour autant. L'état d'une personne peut se définir, dans son sens strict ici entendu, comme l'ensemble des qualités essentielles reconnus par le droit à un individu pour en déterminer la condition au sein du système juridique ; il est pour chacun unique et indivisible. Or, si cet état constitue assurément un statut, l'inverse n'est pas toujours vrai : nombre de dispositions confèrent un statut sans conférer un état, qui ne s'en trouvera tout au plus que modifié. Ce en quoi on parle plus justement de statut marital que d'état marital ». Comp. cep. *Vocabulaire juridique*, Assoc. H. Capitant, dir. G. Cornu, PUF, Quadrige, 7^e éd., 2005, qui, recevant une acception plus large du mot, ne distingue plus l'état du statut. Quant à la *capacité*, elle correspond à l'état de la personne rapporté à l'exercice, ou la jouissance, de ses droits.

(22) Sur cette distinction entre personnalité juridique et personne morale, v. *infra*, n° 25.

(23) V. par ex. G. RENARD, *La théorie de l'institution*, Sirey, 1930, p. 245 : « La personnalité morale s'intègre dans la théorie institutionnelle : elle désigne, non un degré de la capacité, mais un degré de l'état d'institution, le niveau supérieur de l'existence institutionnelle, la plus haute puissance d'être où l'institution soit capable de s'élever : ce degré où elle est apte à opposer son être, non seulement à ses organes, mais au dehors. » ; puis *La philosophie de l'institution*, Sirey, 1939, p. 133 : « la personnalité morale est une espèce dans le genre de l'institution. » ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, *Les personnes*, 21^e éd., PUF, 2000, n° 201, p. 414 : « la personne morale est l'institution parvenue au plus haut degré de concentration et d'organisation ». Il est assez remarquable à cet égard que la genèse de la notion
(suite p. suiv.)

élaborée en droit public, où toute organisation tend, par nature, à assurer une fonction d'intérêt général. En droit privé, où il est exceptionnel qu'une organisation tienne un tel rôle, la personne morale ne constitue pas en tant que telle une institution : seule la personnalité juridique qui lui est conférée, à elle comme à la personne physique, peut prétendre à cette qualité.

Si personne physique et personne morale ne s'opposent donc pas sur cette qualification préliminaire, il demeure pour le reste que cette *summa divisio* de la personnalité juridique ordonne toutes les autres solutions, que la personnalité juridique fasse d'emblée défaut (Section I), ou qu'elle vienne par suite à disparaître (Section II).

SECTION I

LA NON-INSTITUTION DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE

19. Chronologie – À l'examen, il apparaît que l'institution d'une personne juridique procède très généralement en deux temps : celui, initial, de sa conception, puis celui, terminal, de l'achèvement de son processus de formation. Pour naître à la vie juridique, la personne devra donc successivement passer ces deux étapes : incréée, elle n'aura jamais appartenu qu'au néant (§ 1) ; créée mais restée inachevée, elle sera condamnée, au mieux, à la disqualification, reléguée du statut de personne anticipée à celui de simple chose (§ 2).

§ 1 – La personnalité incréée

20. Hypothèse – On tiendra ici pour incréé l'être qualifié par essence pour accéder à la dignité de personne juridique, mais pour lequel aucun processus de personnalisation n'aurait même été engagé. À défaut de tout sujet de droit (A), le contractant restera absolument inexistant (B).

de personne morale se soit trouvée associée à l'idée d'institution : v. ainsi S. VON PUFENDORF, trad. J. Barbeyrac, *op. cit.* (*supra*, note 12), t. I, liv. I, *passim*, not. chap. I, § IV, p. 4 (v. égal. § XIV, p. 15).

A - L'INEXISTENCE DU SUJET DE DROIT

21. La chose animée – Il s'est trouvé de bons esprits pour réclamer l'attribution d'une personnalité juridique aux animaux⁽²⁴⁾. On y trouverait certes un instrument de protection extraordinairement efficace contre les agressions de l'homme. Mais la fin justifie-t-elle la disproportion du moyen avancé ? En quelque mesure qu'on lui confère une personnalité juridique, on devra bien en déduire en effet que l'animal pourra à son tour s'affirmer, par la voix de son représentant, comme partie à un contrat⁽²⁵⁾.

On peut toujours rechercher un argument historique dans les procès organisés au Moyen Âge contre les animaux⁽²⁶⁾, mais, outre la faiblesse d'une référence exhumée des temps obscurs de la pratique judiciaire, il ne tombait probablement pas sous le sens d'un

(24) V. orig. J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, London, 1789, chap. XVII, pp. 108-109 ; H. S. SALT, *Animal's Rights Considered in Relation to Social Progress*, Macmillan & co, New York and London, 1894, trad. L. Hotelin, *Les droits de l'animal considérés dans leur rapport avec le progrès social*, H. Welter, Paris, 1900 ; J. FEINBERG, « The Rights of Animals and Unborn Generations », in *Philosophy and Environmental Crisis*, Univ. Georgia Press, Athens, 1974, pp. 43-68 ; P. SINGER, *Animal Liberation – A new Ethic for our Treatment of Animals*, 3^e éd., Ecco, NY, 2002 ; T. REGAN et P. SINGER, *Animal Rights and Human Obligations*, 2^e éd., Prentice Hall, NJ, 1989 ; T. REGAN, *The Case for Animal Rights*, 2^e éd., Univ. Calif. Press, Berkeley, 2004. Et en France : E. ENGELHARDT, *De l'Animalité et de son droit*, éd. A. Chevalier-Marescq, 1900 ; R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit », *RTD civ.* 1909, pp. 611-655, spéc. pp. 637-638, et *Les notions fondamentales du droit privé*, Libr. nouv. dr. et jur., 1911, pp. 357-359 ; M.-J. GARNOT, *Les animaux bénéficiaires de libéralités*, th. Rennes, 1934, p. 173 et s. ; C. DAIGUEPERSE, « L'animal, sujet de droit : réalité de demain », *Gaz. Pal.* 1981, I, doct., pp. 160-164 ; A. BRUNOIS, « L'animal sujet de droit », in *Les droits de l'animal et la pensée contemporaine*, colloque Ligue fr. dr. animal, 1984, pp. 41-48 ; J.-P. MARGUÉNAUD, *L'animal en droit privé*, th. Limoges, 1987, PUF, 1992, pp. 361-431 ; *id. auct.*, « L'animal dans le nouveau Code pénal », *D.* 1995, chr., pp. 187-191 ; *id.*, « La personnalité juridique des animaux », *D.* 1998, chr., pp. 205-211 ; F. BURGAT, « *Res nullius*, l'animal est objet d'appropriation », *Arch. phil. dr.*, t. 38, *Droit et religion*, 1993, pp. 279-289 ; F. RINGEL et E. PUTMAN, « L'animal aimé par le droit », *RRJ* 1995, pp. 45-59 ; M.-Ch. PIATTI, « Droit, éthique et condition animale – Réflexions sur la nature des choses », *PA* 19 mai 1995, pp. 4-9 ; G. CHAPOUTHIER et J.-C. NOUËT (dir.), *Les droits de l'animal aujourd'hui*, Arléa-Corlet, Condé-sur-Noireau, 1997.

D'où la proclamation sous l'égide de l'Unesco d'une Déclaration universelle des droits de l'animal le 15 oct. 1978, modif. 21 oct. 1989, spéc. art. 9 : « 1. La personnalité juridique de l'animal et ses droits doivent être reconnus par la loi. – 2. La défense et la sauvegarde de l'animal doivent avoir des représentants au sein des organismes gouvernementaux. ».

Et il ne s'agit plus seulement ici de la question – antique – de savoir s'il existe un droit naturel commun aux hommes et aux animaux, lequel se fut toujours compris alors comme s'opposant au droit civil, seul sanctionné. À cette question, le Digeste consignait déjà la réponse de ULPEN : « le droit naturel, c'est ce que la nature a appris à tous les êtres animés » (in Dig., I, I, 1, § 3), et J.-J. ROUSSEAU put conclure : « tant qu'il [l'homme] ne résistera point à l'impulsion intérieure de la commisération, il ne fera jamais du mal à un autre homme, ni même à aucun autre être sensible [...] Par ce moyen on termine aussi les anciennes disputes sur la participation des animaux à la loi naturelle ; car il est clair que, dépourvus de lumières et de liberté, ils ne peuvent reconnaître cette loi ; mais, tenant en quelque chose à notre nature par la sensibilité dont ils sont doués, on jugera qu'ils doivent aussi participer au droit naturel, et que l'homme est assujéti envers eux à quelque espèce de devoirs. » (*Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, 1755, préf.). Il s'agit bien plutôt de savoir à présent si le droit civil lui-même ne pourrait pas comprendre les animaux parmi ses sujets.

(25) Contrat unilatéral, mais aussi, pourquoi pas, synallagmatique : si le représentant peut recevoir un paiement pour le compte de l'animal, il peut bien également payer pour celui-ci.

(26) V. sur ce sujet ; E. AGNEL, *Curiosités judiciaires et historiques du Moyen-Âge – Procès contre les animaux*, J. B. Dumoulin, Paris, 1858, rééd. C. Lacour, Nîmes, 2003 ; B. WARÉE, *Curiosités judiciaires historiques et anecdotes*, A. Delahayes, 1859 ; G. DIETRICH, *Les procès d'animaux du Moyen Âge à nos jours*, th. méd. vét., Lyon, 1961 ; M. ROUSSEAU, *Les procès d'animaux*, Wesmael-Charlier, Paris, 1964 ; J. VARTIER, *Les procès d'animaux du Moyen Âge à nos jours*, Hachette, 1970 ; J.-M. MONET, « Les procès d'animaux », in *Sujet de Droit et objet de Droit*, préc. (*supra*, note 5), pp. 207-223 ; C. CHÈNE, *Juger les vers – Exorcismes et procès d'animaux dans le diocèse de Lausanne (XV^e-XVI^e s.)*, Cah. lausannois hist. méd., n° 14, Univ. Lausanne, 1995.

esprit médiéval de reconnaître une personnalité juridique aux animaux pour les rendre justiciables de la sentence des hommes : son âme animale devait y suffire⁽²⁷⁾. Du reste, le Code civil n'a rien hérité de cette prétendue personnalité : les animaux y ont toujours été considérés comme des choses, biens meubles (art. 528), ou immeubles par destination (art. 524)⁽²⁸⁾, objets de propriété (art. 1385 et 1831) ou d'usufruit (art. 615), pouvant être ainsi prêtés (art. 1894) ou donnés à bail (art. 1800 et s.). L'ancien Code pénal ne s'était pas plus embarrassé lorsque, introduisant des dispositions visant à protéger l'existence animale⁽²⁹⁾, il le fit sous le chapitre *Crimes et délits contre les propriétés* (art. 453 et 454). Le nouveau Code, en revanche, a semé le trouble, en ce que le législateur, ne pouvant apparemment plus se résoudre à voir dans l'animal la qualité de chose que lui a toujours reconnue le droit civil, a cru devoir reléguer les sévices commis contre les animaux hors des livres traitant des infractions contre les personnes et les biens, au rebut des crimes et des délits, sous le titre évocateur *Autres dispositions*.

En réalité, l'hypothèse de la personnalité animale tient de la pure aberration juridique, où la démonstration par l'absurde se livre sans retenue. Car, en premier lieu, quel genre de personnalité juridique s'agirait-il d'attribuer à ceux qui, par essence, ne pourraient exercer

(27) Plus loin encore, on trouve trace de cette justice animiste fulminée contre les choses homicides ou autrement malfaisantes. L'histoire nous rappelle ainsi celle de la statue de Théagène, jetée à la mer par les juges de l'antique Thasos pour avoir emporté un adversaire de l'athlète dans sa chute. Pour synthèse, v. A. LAINGUI, « Sur quelques sujets non humains des anciens droits pénaux », in *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, dir. J.-H. Robert et S. Tzitzis, éd. Panthéon-Assas / LGDJ, 2003, pp. 13-21.

En réalité, animées ou non, les choses ont toujours subi, avec ou sans procès, la colère des hommes. Plutôt que de se hasarder, passé le paganisme des premiers âges, à déceler dans cette justice quelque personnalisation systématique et monstrueuse des choses, on préférera suivre l'opinion déjà exprimée par Augustin, pour qui ces peines n'avaient pour seul but que de détruire solennellement l'instrument du crime afin d'éloigner des hommes tout rappel au mal. C'est la valeur expiatoire du procès, rite nécessaire à l'apaisement des consciences, qui explique que la procédure ait longtemps pu s'organiser en l'absence même de sujet. V. sur ce point J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 2000, n° 141, pp. 254-255. Rapp. les peines prononcées à la même époque contre les personnes décédées, *infra*, n° 70, note 411.

Certaines affaires entretiennent certes la confusion, telle celle jugée à Falaise en 1396, qui vit une truie conduite au supplice habillée d'un gilet, d'une culotte et de gants, et affublée d'un masque humain, pour souffrir la même peine que celle subie par l'enfant mutilé par l'animal. Encore est-il possible d'y voir la manifestation du sentiment selon lequel un accusé ne peut être renvoyé devant la justice des hommes que s'il a lui-même figure humaine.

(28) Notons que, à la demande de la Ligue française des droits de l'animal, le législateur (L. 99-5 du 6 janv. 1999, art. 24 et 25) a estimé utile de modifier la rédaction de ces deux articles du Code en vue de distinguer désormais les animaux des « objets » et des autres « corps » visés par ces dispositions, lesquelles en font pourtant toujours, on le rappelle, des biens objets de propriété (v. encore en ce sens C. civ., art. 564, auquel on pourra ajouter l'arrêté pris le 1^{er} févr. 2007 par le Ministre de la Justice en application de l'article 2, 6°, du décret n° 2006-1804 du 23 déc. 2006 relatif à la publicité du gage sans dépossession et qui dispose clairement que, même de première catégorie, les animaux peuvent toujours passer pour des « biens affectés en garantie »). Ce sont les mêmes opinions qui ont conduit à l'introduction dans les codes germanique et suisse d'un article additionnel proclamant la distinction des animaux d'avec les choses, tout en concédant leur soumission au droit des biens : *ABGB*, § 285 a (L. 1^{er} juill. 1988) ; *BGB*, § 90 a (L. 26 nov. 2001) ; C. civ. suisse, art. 641 a (L. 4 oct. 2002). Le Code civil du Québec, si jeune soit-il, a résisté pour sa part à ces tentations, son article 989 ne distinguant en son second alinéa objets et animaux que pour inclure ceux-ci comme ceux-là sous la catégorie patrimoniale de biens. En même sens, v. l'Avant-projet de réforme du droit des biens remis le 31 octobre 2008 par l'Association Henri Capitant, dont l'article 521 énonce que « Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des choses corporelles. »

(29) L. 63-1143 du 19 nov. 1963, et L. 76-629 du 10 juill. 1976, art. 13, I.

aucun de leurs droits⁽³⁰⁾, sinon par représentation⁽³¹⁾, ni être en aucune façon soumis à quelque devoir que ce soit⁽³²⁾ ? Va-t-on exiger de l'animal de compagnie qu'il se comporte à son tour en *bon père de famille* ?

Imposer un devoir à l'être humain à l'égard de l'animal et, plus généralement, de son environnement naturel, n'implique en rien l'octroi réciproque d'une créance au profit de l'objet protégé⁽³³⁾. Le droit civil a toujours admis que le droit subjectif, lorsqu'il est réel, puisse porter directement sur le bien qui en est l'objet⁽³⁴⁾ ; or, a-t-on jamais prétendu que ce droit d'une personne sur son bien rendait celui-ci débiteur envers elle ? Le droit subjectif ne devient un droit personnel que lorsqu'il lie deux personnes juridiques, et seulement alors il acquiert sa réciprocité caractéristique.

À personnaliser l'animal, comment justifiera-t-on encore de son aliénation envers son maître, tout droit de propriété étant par hypothèse exclu sur une personne juridique⁽³⁵⁾ ? Pour le justifier à l'égard de l'homme, les Antiques avaient dû, à l'inverse, faire de l'esclave une chose. Qui ne voit que, personnalisant la bête, c'est en réalité l'humanité entière que l'on réifie, rabaisant sa dignité à celle de l'animal ? Et quel animal ? Va-t-on personnaliser de la même façon le labrador, le chimpanzé, l'abeille, l'amibe et le corail⁽³⁶⁾ ? Constatons

(30) En ce sens, v. ainsi X. LABBÉE, « Esquisse d'une définition civiliste de l'espèce humaine », *D.* 1999, chr., pp. 437-442, spéc. p. 442 : « On est une personne en droit lorsque l'on est apte à exercer des droits. Cette aptitude attribuée par le législateur aux être dignes de la personnalité s'appelle la qualité de « sujet de droits ». C'est cette qualité qui différencie en droit l'homme de l'animal. »

(31) Les personnes morales sont quant à elles parfaitement susceptibles de s'exprimer sans représentation : la décision de l'assemblée générale est l'expression directe de la volonté de la personne morale. *Contra* pourtant, v. Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, art. 1118-4, dont le temps indicatif paraît dénier tout effet contractuel à la volition exprimée en assemblée : « Les personnes morales contractent par l'intermédiaire de leurs représentants. »

(32) Les tenants mêmes de la personnalisation animale en conviennent. V. ainsi J.-P. MARGUÉNAUD, art. préc. (*supra*, note 24), p. 207 : « Conférer aux animaux une personnalité juridique à taille humaine serait pour eux une promotion ; mais ce serait une promotion inadaptée parce qu'elle leur conférerait des droits inutiles et les exposerait à des obligations grotesques. »

(33) Pour KANT, ces devoirs de l'homme envers les animaux ne sont ainsi que des devoirs de l'homme envers lui-même (*Metaphysik der Sitten* [Métaphysique des mœurs], Königsberg, 1797, 2^e part., *Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre* [Doctrine de la vertu], trad. A. Philonenko, 4^e éd., J. Vrin, 1985, § 17, p. 118).

(34) La critique consistant à disqualifier le droit réel en une obligation passive universelle est restée minoritaire – sur laquelle v. not. M. PLANIOL, *op. cit.* (*supra*, note 14), n^{os} 2158 à 2165, pp. 655-659 ; R. DEMOGUE, *op. cit.* (*supra*, note 24), pp. 414-419. Car une chose est de déterminer le rapport juridique primordial, une autre est de constater qu'il ne peut évidemment être opposé qu'à d'autres personnes.

(35) Il est assez peu judicieux à cet égard d'arguer, au fondement de l'article 544 du Code civil, de la perte d'absoluité du pouvoir du maître sur son animal, désormais protégé contre ses maltraitances (C. pén., art. 521-1), pour remettre en cause la réalité de cette propriété : personne ne discute du droit de propriété du châtelain sur une demeure classée, alors pourtant que son pouvoir de disposition s'en trouve par là même largement restreint.

(36) Sur cette revue critique, v. par ex. G. GOUBEAUX, *op. cit.* (*supra*, note 4), n^o 6, p. 16 ; F. OST, *La nature hors la loi*, éd. La Découverte, 1995, nouv. éd., 2003, p. 230 ; R. ANDORNO, *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, th. Paris XII, 1994, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 263, 1996, n^{os} 51 à 55, pp. 31-34 ; et plus généralement, R. NERSON, « La condition de l'animal au regard du droit », *D.* 1963, chr., pp. 1-6, spéc. p. 4 ; A.-M. SOHM-BOURGEOIS, « La personification de l'animal : une tentation à repousser », *D.* 1990, chr., pp. 33-37, spéc. p. 37.

On a pu faire remarquer à cet égard qu'il ne s'est trouvé en Occident que la législation nationale-socialiste allemande pour étendre à tous animaux la protection qu'elle leur accordait (L. du 24 nov. 1933, citée in L. FERRY et C. GERMÉ, *Des animaux et des hommes*, Libr. gén. fr., 1994, p. 513).

pour l'heure que le Code pénal ne sanctionne que les atteintes aux animaux domestiques, apprivoisés ou captifs, le règne animal n'étant objet de sa protection qu'autant que l'homme le voisine et le domine (art. L. 521-1 et 521-2 ; art. R. 654-1). Il est difficile dans cette mesure de ne pas y voir un débordement de la personnalité humaine sur l'animal ; ce en quoi celui-ci ne serait donc pas aujourd'hui protégé par essence mais par pure circonstance.

Car enfin, où a-t-on vu les animaux partager la société des hommes sinon dans les récits enfantins ?⁽³⁷⁾ Le droit a été créé par l'homme et pour l'homme⁽³⁸⁾ ; constitué d'un ensemble de règles destinées à régir la vie en société, il faudrait bien, pour l'appliquer aux animaux, intégrer ceux-ci à celle-là⁽³⁹⁾. La personnalité juridique n'est pas qu'un instrument inventé par le droit pour assurer sa protection à ceux qu'il estime assez dignes : elle est la reconnaissance par le droit de la réalité prééminente de la personne humaine⁽⁴⁰⁾. Il ne suffit pas d'admettre un intérêt légitime, c'est-à-dire digne de protection, pour relever l'existence d'une personne juridique : il faut aussi, et en premier lieu, constater l'existence d'une volonté libre dans son essence et dans son expression⁽⁴¹⁾. C'est pour méconnaître cette

(37) Et dans la tradition indienne, certes. Mais admettons-nous à notre tour le dogme présumé de la métempsychose brahmaniste d'après lequel le corps animal constituerait une enveloppe pour l'âme humaine ?

(38) V. déjà HERMOGÈNE, tel que rapporté *in* Dig., I, V, 2 : « *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit* » (C'est en vue de l'homme que le droit a été constitué).

(39) Pour cette critique, v. par ex. G. GOUBEAUX, *loc. cit.* (*supra*, note 36) ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. 2, *Les personnes*, 8^e éd., par F. Laroche-Gisserot, Montchrestien, 1997, n° 440, p. 7. V. encore L. FERRY et J.-D. VINCENT, *Qu'est-ce que l'homme ?*, O. Jacob, 2000, pp. 103-104. Et si, comme l'enseigne le contractualisme politique, la société est une convention, faut-il donc en conclure que les animaux que nous côtoyons auraient ainsi accepté le sort alimentaire ou expérimental qui est le leur, ou s'agit-il de limiter cette « société » aux seuls animaux de compagnie ? Certains ne craignent pas de pousser à cette extrémité : v. par ex. C. LARRÈRE, « Du contrat domestique », *in* *Repenser le contrat*, dir. G. Lewkowicz et M. Xifaras, Dalloz, 2009, pp. 121-133. Manifestement, la démonstration roule sur une confusion : si l'on peut encore admettre à la rigueur qu'il puisse exister une sorte de convention tacite entre un chat et son maître, qui au vrai l'est à peine, cette convention n'a rien d'un contrat, aucune des parties ne prétendant imposer à l'autre quelque obligation juridique, et pour cause !

(40) Comp. la vision purement utilitaire de R. DEMOGUE, art. préc. (*supra*, note 24), p. 637 : « *Ceux qui font ces critiques ou ont ces sourires placent la question sur un terrain qui n'est pas le sien. Il s'agit simplement de poser une règle technique : est-il commode, pour centraliser des résultats souhaitables, de considérer même des animaux comme des sujets de droit ?* » Que l'on veuille bien nous concéder quelque réticence à accepter de réduire un problème aussi proprement fondamental à une simple question de commodité.

(41) Le fondement pris de l'autonomie de la volonté a aussi et d'abord pour fonction chez KANT de circonscrire en même temps que d'étendre le sujet de droit à toute personne humaine. C'est en ce sens qu'il énonce ainsi son célèbre impératif catégorique : « *Agis de telle sorte que tu traites l'humanité aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre toujours en même temps comme une fin, et jamais simplement comme un moyen.* », souligné par l'auteur (*Gründlegung der Metaphysik der Sitten* Fondements de la métaphysique des mœurs, Königsberg, 1785, trad. V. Delbos, éd. J. Vrin, 1980, rééd. 1992, introd. et annot. A. Philonenko, sect. II, p. 105), ajoutant plus loin : « *le principe de toute législation pratique réside objectivement dans la règle et dans la forme de l'universalité, [...] tandis que subjectivement c'est dans la fin qu'il réside ; or le sujet de toutes les fins, c'est tout être raisonnable, comme fin en soi [...]* ; de là résulte maintenant le troisième principe pratique de la volonté, [...] à savoir, l'idée de la volonté de tout être raisonnable conçue comme volonté instituant une législation universelle. » (*ibid.*, p. 108). V. égal. G. W. F. HEGEL, *Philosophie der Geschichte* [Leçons sur la philosophie de l'histoire], 1837, trad. J. Gibelin, 3^e éd., J. Vrin, 1967, rééd. 1987, p. 337 : « *La volonté qui se veut elle-même, est le fondement de tout droit et de toute obligation et par suite de toutes les lois du droit, de tous les commandements des devoirs et de tous les engagements imposés. La liberté de la volonté, comme telle, est le principe et le fondement substantiel de tout droit, et elle est droit absolu, en soi et pour soi éternel, et le droit suprême, en tant que des droits autres, particuliers, sont placés à côté de lui : elle est même ce par quoi l'homme devient homme, donc le principe fondamental de l'esprit.* » Sur les implications du fondement kantien pour les personnes morales, v. *infra*, n° 26, spéc. notes 102 à 104.

(suite p. suiv.)

condition fondamentale et instrumentaliser la personnalité juridique à seule fin de protection que l'on a pu sérieusement envisager de l'attribuer encore à Dame Nature⁽⁴²⁾, aux idoles hindoues⁽⁴³⁾, ou, pourquoi pas, aux machines douées d'intelligence artificielle⁽⁴⁴⁾, voire, non sans humour, aux extra-terrestres⁽⁴⁵⁾.

Ces objections n'ont d'ailleurs généralement pas été ignorées des défenseurs de la personne animale, incités en conséquence à ne solliciter qu'une forme de personnalité diminuée, qui ne tiendrait finalement plus qu'en l'octroi de quelques droits exercés par représentation, renonçant, par évidence, à les gratifier d'une pleine capacité de jouissance

D'ailleurs, la langue commune ne trompe pas : de qui d'autre que celui qui démontre une véritable indépendance d'esprit et manifeste par là l'autonomie de sa volonté dira-t-on qu'il a de la personnalité ?

(42) V. orig. A. LEOPOLD, « The Land Ethic », *A Sand County Almanac*, Oxford Univ. Press, New York, 1966, pp. 217-241 ; Ch. D. STONE, *Should Trees have Standing ? – Toward Legal Rights for Natural Objects*, éd. W. Kaufmann, Los Altos, California, 1973 ; W. GODFREY-SMITH, « The Rights of Non-Humans and Intrinsic Values », *Environmental Philosophy*, Canberra, 1980, pp. 30-47. Et depuis : J. LEIMBACHER, *Die Rechte der Natur*, th. Univ. Bern, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1988 ; M.-A. HERMITTE, « Le concept de diversité biologique et la création d'un statut de la nature », in *L'homme, la nature et le droit*, dir. B. Edelman et M.-A. Hermitte, éd. Ch. Bourgois, 1988, pp. 238-284, spéc. pp. 254-257. Adde : M. SERRES, *Le contrat naturel*, F. Bourin, 1990. Sur la question, v. plus gén. A. CADORET (dir.), *Protection de la nature : histoire et idéologie*, L'Harmattan, 1985 ; L. FERRY, *Le nouvel ordre écologique*, B. Grasset, 1992, pp. 237-268 ; Ph. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Images et usages de la nature en droit*, PU Saint-Louis, Bruxelles, 1993 ; F. OST, *op. cit.* (*supra*, note 36), pp. 147-204 ; S. PANNATIER, « L'environnement, objet ou sujet de droit international ? », in *Personne, société et nature – La titularité des droits, du rationalisme juridique du XVII^e siècle à l'écologie moderne*, éd. univ. Fribourg, 1996, p. 143 ; X. DIJON, *Droit naturel*, Tome 1, *Les questions du droit*, PUF, 1998, pp. 125-132 ; Y. THOMAS, « Le sujet de droit, la personne et la nature – Sur la critique contemporaine du sujet de droit », *Le Débat* n° 100, mai-août 1998, pp. 85-107.

Quant à l'idée selon laquelle l'humanité elle-même se verrait conférer la qualité de sujet de droit, érigée en victime de crime (statut Trib. int. Nuremberg, Accord de Londres du 8 août 1945, art. 6 c ; C. pén., liv. II, tit. I, art. 211-1 à 213-5) et reconnue titulaire d'un patrimoine (not. culturel, maritime ou spatial : conv. Unesco du 16 nov. 1972 ; conv. ONU du 10 déc. 1982, spéc. art. 136 et 137 ; conv. et déclar. Unesco du 2 nov. 2001 ; conv. et déclar. Unesco du 17 oct. 2003), elle demande à être relativisée. Ces énoncés ne paraissent avoir en effet pour autre fonction que de soustraire certains crimes au droit commun du procès ou certains biens et territoires à l'emprise des hommes et des États. L'affirmation tient donc plus de la figure rhétorique que de la formule juridique : la notion d'humanité ici invoquée passe pour prétexte au surpassement des droits de l'individu. Sur le caractère incantatoire de l'expression, v. Déclar. univ. sur le génome humain adoptée par l'Unesco le 11 nov. 1997, qui, en son art. 1^{er}, éclaire ainsi son objet : « Dans un sens symbolique, il est le patrimoine de l'humanité. » En somme : « L'humanité parle aux consciences. » (R.-J. DUPUY, « L'émergence de l'humanité », *Dialectiques du droit international – Souveraineté des États, Communauté internationale et Droits de l'Humanité*, A. Pedone, 1999, pp. 257-261, spéc. p. 261). Sur cette question, v. encore A. KISS, « La notion de patrimoine de l'humanité », *Rec. cours Acad. dr. int.*, La Haye, t. 175, 1982, vol. II, pp. 99-256, spéc. pp. 235-237 ; R.-J. DUPUY, « Réflexions sur le patrimoine commun de l'humanité », *Droits*, n° 1, 1985, p. 63 ; A. CHASTEL, « La notion de patrimoine », in *Les lieux de mémoires*, dir. P. Nora, t. II, vol. 2, *Le territoire, l'État, le patrimoine*, Gallimard, 1986 ; M. CHEMILLIER-GENDREAU, « L'humanité peut-elle être un sujet de droit international ? », *Actes – Les cahiers d'action juridique*, n° 67-68, sept. 1989, *Droit et humanité*, pp. 14-18 ; *Humanité et droit international – Mélanges René-Jean Dupuy*, A. Pedone, 1991, *passim* ; F. CHOAY, *L'allégorie du patrimoine*, Seuil, 1992 ; J. CHARPENTIER, « L'humanité : un patrimoine mais pas de personnalité juridique », in *Les hommes et l'environnement – Quels droits pour le vingt-et-unième siècle ? – Études en hommage à Alexandre Kiss*, éd. Frison-Roche, 1998, pp. 17-21 ; F. TERRÉ, « L'humanité, un patrimoine sans personne », in *Mélanges Philippe Ardant – Droit et politique à la croisée des cultures*, LGDJ, 1999, pp. 339-351.

(43) D. MOURALIS, « Une idole hindoue doit-elle être dotée de la personnalité juridique ? – Une critique de l'arrêt *Mullick v. Mullick* », in *Droit civil, civilité des droits – Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Louis Mouralis*, PUAM, 2011, pp. 207-213.

(44) M. S. WILICK, « L'intelligence artificielle : les approches juridiques et leurs implications », *Cahiers Science - Technologie - Société*, n° 12, *Ordre juridique et ordre technologique*, CNRS, 1986, pp. 54-80.

(45) J.-P. MARGUÉNAUD, « Un statut juridique pour les extraterrestres ? », in *Apprendre à douter – Questions de droit, Questions sur le droit – Études offertes à Claude LOMBOIS*, Pulim, 2004, pp. 97-111, spéc. pp. 104-105.

ou à leur imposer quelque obligation que ce soit⁽⁴⁶⁾. Cette personnalité-là n'en serait donc plus véritablement une, sauf à remettre également en cause le principe d'unicité de la personnalité juridique, d'après lequel celle-ci est une, entière et indivisible, attribuée à tous dans la même ampleur⁽⁴⁷⁾.

Peut-être pourrait-on faire remarquer en ce cas, avant que de se résoudre à faire vaciller le droit sur ses bases, que s'il s'agit uniquement d'assurer en définitive la protection de la vie animale, on peut parfaitement admettre à cette fin sa spécificité et lui conférer par suite un véritable statut, réel, sans pour autant l'honorer d'une dignité qui la dépasse et dont elle ne saurait que faire⁽⁴⁸⁾. D'ailleurs, nombre de choses inanimées bénéficient déjà de tels statuts⁽⁴⁹⁾.

Pour toutes ces raisons, un contrat prétendument conclu, même par représentation, avec une chose d'essence purement animale demeurera absolument inexistant⁽⁵⁰⁾, de même que si l'on prétendait contracter avec toute autre chose. La personnalité juridique se réservant à la personne humaine, elle restera donc incréée aux seuls cas où la personne physique ne serait pas encore conçue (1) ou la personne morale pas encore organisée (2).

1. La personne physique non conçue

22. Du néant à l'être – Sans qu'il s'agisse ici de répondre d'emblée à la question de savoir si tout être humain doit être reconnu comme personne, et spécialement comme personne juridique⁽⁵¹⁾, il est au moins un point sur lequel tout le monde s'accorde : aucune personne humaine, ni physique ni juridique, ne pourra être reconnue à défaut de constater l'existence d'un être humain. C'est dire que l'existence de l'être conditionne celle de la

(46) En ce sens, v. par ex. E. ENGELHARDT, *op. cit. (supra, note 24)*, § 29 et s., p. 124 et s. ; C. DAIGUEPERSE, art. préc. (*ibid.*), p. 163 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « La personnalité juridique des animaux », préc. (*ibid.*), pp. 207-208 ; F. RINGEL et E. PUTMAN, art. préc. (*ibid.*).

(47) V. *infra*, n° 58.

(48) En ce sens, v. S. ANTOINE, *Rapport sur le régime juridique de l'animal*, remis au Garde des Sceaux le 10 mai 2005, qui propose une alternative consistant soit à sortir l'animal de la *summa divisio* opposant choses et personnes et constituer, *sui generis*, une troisième catégorie juridique, soit, plus modestement, à lui conférer, au sein des choses objets de propriété, une place hors de la distinction faite entre meubles et immeubles. Du même auteur, v. égal. *Le droit de l'animal*, Légis-France, 2007, spéc. n°s 57 à 63, pp. 55-60. En même sens : S. DESMOULIN, *L'animal, entre science et droit*, th. Paris I, 2005, PUAM, 2006, n° 951 et s., p. 661 et s. Comp. prop. loi du 9 nov. 2005, n° 2634, visant à reconnaître dans le Code civil le caractère d'être sensible à l'animal, et dont l'objet serait, selon l'exposé de ses motifs, d'extraire l'animal du régime des biens, tout en reconnaissant pourtant sur lui la propriété de son maître et en l'inscrivant encore sous le Livre deuxième du Code. *Addé* G. LOISEAU, « Pour un droit des choses », *D.* 2006, chr., pp. 3015-3020, spéc. n°s 7 et 8, pp. 3018-3020.

(49) V. par ex. les immeubles construits inscrits à l'inventaire des monuments historiques, les sites classés comme réserves naturelles ou parcs nationaux, etc.

(50) Un engagement constitué par volonté unilatérale ne serait pas plus pertinent. V. au sujet du legs fait à un animal de compagnie : CA Nîmes, 26 mars 1833, *DP* 1834, II, p. 37 ; J.-P. MARGUÉNAUD, *op. cit. (supra, note 24)*, p. 447 et s.

(51) Pour la réponse à cette question, v. *infra*, n° 23. Sur la distinction notionnelle entre *être humain*, *personne humaine* et *personne juridique*, v. *supra*, n° 16.

personne, et qu'à défaut de la première on ne saurait même considérer la seconde⁽⁵²⁾. Il est du reste assez symptomatique à cet égard de relever que lorsque l'on évoque la conception de la personne physique c'est en réalité celle de l'être humain que l'on vise⁽⁵³⁾.

Comment devient-on un être humain ? C'est l'histoire de sa conception. Quand le devient-on ? Cette question seule intéresse le juriste. Au plus large, il s'agit de déterminer quel moment, entre celui de la constitution des gamètes qui formeront l'œuf et celui de la naissance de l'enfant, marquera l'apparition de l'être humain. Question qui en pose plus précisément deux autres, en réalité indissociables : le moment de l'apparition de l'être vivant, et celui de son humanité.

Chaque gamète est déjà un être vivant, même limité à une constitution unicellulaire et à sa seule fonction reproductive : c'est parce que la vie l'anime qu'il pourra s'unir à une cellule contrairement sexuée. Personne ne prétend pourtant faire remonter l'existence de l'être humain à celle d'aucun de ses gamètes constitutifs, car chacun voit bien que la nature de l'être formé par la rencontre de ces deux éléments primitifs n'est plus du tout la même : la cellule nouvellement constituée se trouve dotée d'un patrimoine génétique deux fois, sinon infiniment, supérieur ; elle a perdu la fonction exclusivement reproductive de ces gamètes pour gagner un mode de reproduction autonome qui lui permettra, dans un environnement favorable, de développer un être remarquablement évolué. C'est du reste le propre des cellules reproductives sexuées que de constituer par leur union un être vivant nouveau.

Cet être nouveau est-il déjà humain ? Pour le nier, il faudrait considérer que quelque part au cours de son évolution il gagnerait de son environnement un élément à ce point déterminant que, joint à sa propre substance, ils formeraient un être d'une nature nouvelle. Ce fut, sous influence aristotélicienne, l'enseignement de la théologie catholique jusqu'au XVII^e siècle : si l'âme première, végétative, était présente dès la conception, l'âme humaine quant à elle n'aurait pénétré le corps de l'embryon qu'entre le trentième et le quatre-vingtième jour de gestation selon qu'il fut mâle ou femelle⁽⁵⁴⁾ ; ce qui justifiait que l'avortement ne pût être puni comme homicide que passé ce délai. Mais face aux constats de la science, cette position a dû être abandonnée : l'Église avance désormais l'humanité de l'être au jour de sa conception⁽⁵⁵⁾. On est en effet obligé de reconnaître que toute la substance que pourra tirer la cellule nouvellement formée de son environnement gestationnel ne fera jamais qu'alimenter un être dont l'essence ne variera plus, de la même façon que, nouvellement né, l'enfant devra encore être nourri et protégé pour continuer à se développer. Infiniment différents dans leur forme, l'homme de cinquante ans et le

(52) C'est aussi parce que la qualité de personne conditionne celle de contractant qu'il est ici nécessaire de qualifier son existence avant de déterminer celle du contrat lui-même, *infra*, n° 28 et s. Rapp. *infra*, n° 40 et s., au cas d'imperfection du sujet de droit, puis n° 69 et s., au cas de sujet disparu.

(53) Pour une distinction possible cependant, v. *infra*, n° 23.

(54) V. A. CHOLLET, in *Dictionnaire de théologie catholique*, éd. Letouzey et Ané, t. I, 1903, v° Animation, 4° 2, col. 1308 à 1310.

(55) Puisqu'elle lui reconnaît même dès cet instant une personnalité (v. *infra*, n° 23).

zygote tout juste constitué *in vitro* partagent la même essence et le même destin : tous deux sont, au sens le plus strict, des êtres humains⁽⁵⁶⁾. La loi en a pris acte⁽⁵⁷⁾.

Il s'en déduit donc que la question de la personnalité humaine et juridique de l'être ne pourra jamais se poser qu'à partir du jour de la conception de celui-ci. Avant cela, la personne demeurera nécessairement inexistante, et tout contrat prétendument conclu en son nom par quelque représentant de circonstance serait ainsi sanctionné d'inexistence⁽⁵⁸⁾.

23. La personnalisation de l'être humain – Constitué dès l'instant de la fécondation, l'être humain se voit-il pour autant reconnaître immédiatement une personnalité⁽⁵⁹⁾ ? Si on le soutient, il faut accepter de composer avec l'idée que l'on puisse aujourd'hui tuer autant de personnes que l'on supprimera d'êtres formés *in vitro* de façon surnuméraire⁽⁶⁰⁾. Si l'on veut admettre au contraire cette pratique, corollaire nécessaire en l'état actuel de la science de cette forme d'assistance médicale à la procréation, sans pour autant concéder qu'il s'agisse là de mettre fin à l'existence de personnes humaines, on est tenu de retarder le moment de l'apparition de la personnalité à une date ultérieure à celle de la conception de l'être humain, et donc de concevoir la personne *après* avoir conçu l'être⁽⁶¹⁾.

(56) Ainsi rappelle-t-on opportunément, afin de soutenir cette identité de nature, que l'ontogenèse de l'être humain est, du premier jour, parfaitement continue : v. par ex. Cons. Europe, recommand. 1046, 24 sept. 1986, § 5 : « *dès la fécondation de l'ovule, la vie humaine se développe de manière continue, si bien que l'on ne peut faire de distinction au cours des premières phases (embryonnaires) de son développement* » ; recommand. 1100, 2 févr. 1989, § 7 : « *l'embryon humain, bien qu'il se développe en phases successives indiquées par diverses dénominations (zygote, morula, blastula, embryon préimplantatoire ou préembryon, embryon, fœtus), manifeste aussi une différenciation progressive de son organisme et maintient néanmoins en continuité son identité biologique et génétique* » ; A. KAHN, « Quel dignité pour l'embryon humain ? », in *L'embryon humain – Approche multidisciplinaire*, dir. B. Feuillet-Le Mintier, Economica, 1996, pp. XIII-XV, spéc. pp. XIII-XIV : « *Toute discontinuité dans ce processus apparaît quelque peu artificielle et, pour tout dire, semble établie pour « les besoins de la cause », justification a posteriori de catégorisations légales beaucoup plus que donnée indiscutable à leur origine.* » ; et encore J.-F. MATTEI, « Bilan des différents travaux sur la protection de l'embryon », *ibid.*, pp. 281-289, spéc. p. 283 : « *En fait, une notion s'impose : l'embryon n'est jamais que l'expression morphologique momentanée d'une seule et même vie qui commence à la fécondation et se termine avec le dernier souffle.* »

(57) L. 75-17 du 17 janv. 1975, art. 1^{er}, *in limine* (abrog. ord. 2000-548 du 15 juin 2000) : « *La loi garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie.* » ; puis C. civ., art. 16 (rédict. L. 94-653 du 29 juill. 1994) : « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie.* »

(58) V. *infra*, n° 28 et s.

(59) On considérera à présent comme acquis, pour la suite de la démonstration, que la *personnalité* vise, s'agissant de la personne physique, aussi bien la personnalité humaine que juridique. Sur cette corrélation, v. *supra*, n° 16, *in fine*.

(60) C. santé publ., art. L. 2141-3.

(61) Ce qui ne défend nullement d'attribuer un véritable statut, même réel, en vue de protéger cette chose toute singulière qui partage notre essence et notre dignité. V. sur ce point P. MURAT, « Réflexions sur la distinction être humain / personne juridique (à propos d'un arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 13 mars 1997) », *Dr. fam.*, sept. 1997, chr. n° 9, pp. 4-9. Pour la confusion entre être humain et personne, v. cep. préambule Const. du 27 oct. 1946, qui débute par cette proclamation solennelle : « *Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés.* » ; Cons. Europe, résol. 1352, 2 oct. 2003, § 10, où l'on peut lire que « *La destruction d'êtres humains à des fins de recherche est contraire au droit de tout être humain à la vie* ». Et plus nettement encore, Conv. amér. dr. homme, 22 nov. 1969, art. 1, § 2 : « *Aux effets de la présente Convention, tout être humain est une personne.* » ; puis art. 4, § 1 : « *Toute personne a droit au respect de sa vie. Ce droit doit être protégé par la loi et, en général, à partir de la conception.* »

De fait, il est patent que l'ovocyte tout juste fécondé ne dispose pas encore de cet attribut qui lui fera partager la société des hommes et que l'on nomme la personnalité : si son essence est la même, il se trouve peu de gens pour l'admettre comme l'un des leurs parce qu'il n'apparaît simplement pas encore à leurs yeux pour ce qu'il est : un être humain. Informé et invisible, il faut en effet regarder au travers du microscope de la science pour le distinguer. Son existence ne s'impose pas à nos sens.

S'agit-il alors de retarder le moment de l'apparition de la personne à celui de la naissance ? Le mot serait assez signifiant pour y opiner : naître, c'est précisément apparaître au monde. Tel a toujours été du reste, aussi loin que l'on puisse observer, le principe retenu dans la plupart des systèmes juridiques⁽⁶²⁾ : l'être humain ne s'affirme définitivement comme une personne qu'au jour de sa naissance⁽⁶³⁾. Mais ainsi posé, le principe augure aussitôt que la personnalité puisse être attribuée dès avant ce moment, de façon non définitive, c'est-à-dire non pas de façon temporaire, mais conditionnelle⁽⁶⁴⁾. La condition est en effet le seul moyen donné au droit de sortir de l'impasse dans laquelle le plonge l'être humain avant sa naissance⁽⁶⁵⁾. Considérer au contraire que la personnalité ne s'acquerrait

(62) V. spéc., pour l'étude historique, A. LEFEBVRE-TEILLARD, « *Infans conceptus*. Existence physique et existence juridique », *RHD* 1994, pp. 499-522.

(63) À l'exception notable des systèmes théocratiques, pour lesquels la qualité de personne tient moins de l'homme que de Dieu, et qui tendent à avancer en conséquence la reconnaissance de la personne à celle de l'être humain, au jour où son existence se trouve acquise. Pour l'Église catholique, le baptême conditionne certes la personnalité (CIC 1983, can. 96 : « *Par le baptême, un être humain est incorporé à l'Église du Christ et y est constitué comme personne avec les obligations et les droits qui sont propres aux chrétiens* »), mais celle-ci est religieuse et non pas humaine, de sorte que toute personne, même non baptisée, est admise à agir devant les juridictions ecclésiastiques (can. 1476). C'est de cette façon encore que le Code de droit canonique condamne toute forme d'avortement comme attentatoire à la personne du *nasciturus*, l'infraction étant de plus sanctionnée de la même peine que l'assassinat du souverain pontife, par l'excommunication *latae sententiae* (can. 1398 et 1370), c'est-à-dire plus sévèrement que pour tout autre homicide commis sans cette circonstance aggravante de l'âge ou de la qualité de la victime (rappr. C. pén., art. 221-4).

(64) Car le conditionnel est du temporaire susceptible de durer, ce qui sera bien le cas si l'enfant conçu vient finalement à naître.

Pour l'admission de la personnalité conditionnelle de l'enfant à naître, v. par ex. D. FENOUILLET, *in J.-Cl. Civ.*, Art. 16 à 16-12, fasc. 10, « Respect et protection du corps humain – Protection de la personne – Principes », 1997, nos 74 à 133, pp. 17-30 ; P. SARGOS, rapp. sous Ass. plén., 29 juin 2001, *BICC* n° 540, août 2001, n° 12. *Contra* : X. LABBÉE, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, th. Lille II, 1986, PU Lille, 1990, pp. 63-165, puis *in J.-Cl. Civ.*, Art. 16 à 16-12, fasc. 50, « Respect et protection du corps humain – L'enfant conçu - Généralités », 1997, spéc. nos 81 à 87, pp. 15-16. N'était-ce pas déjà ce qu'exprimaient jadis AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 4^e éd., Marchal, Billard & Cie, t. I, 1869, § 53, p. 179 : « *L'enfant simplement conçu jouit d'une capacité juridique provisoire, subordonnée, quant à ses effets définitifs, à sa naissance en vie et avec viabilité.* » ? Peut-être cette idée ne fut-elle pas non plus étrangère à la qualification de l'embryon comme « *personne humaine potentielle* » par le Comité consultatif national d'éthique (avis n° 001 du 22 mai 1984, le rapport joint estimant que « *L'embryon humain est, en principe, une personne humaine dotée d'une personnalité juridique dès la conception, à condition qu'il naisse vivant et viable* », puis que « *l'embryon non viable [...] n'a qu'une personnalité juridique potentielle et conditionnelle* »). Elle paraît retenue par le droit suisse : « *L'enfant conçu jouit des droits civils, à la condition qu'il naisse vivant.* » (C. civ. suisse, art. 31, al. 2, malgré la disposition contradictoire de l'al. 1^{er} : « *La personnalité commence avec la naissance accomplie de l'enfant vivant* »).

(65) Rappr. G. CORNU, « L'embryon humain », colloque Rennes, nov. 1995, rapp. synthèse, *in L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 5 : « *Sommes-nous dans l'impasse ? Je le crois, si du moins nous n'avons de choix que dans le choc de deux antagonismes extrêmes : que l'embryon est, dans tout son accomplissement, une personne ou, au contraire, que l'embryon n'est qu'une chose sur laquelle tout est possible. Si l'alternative n'existe qu'entre l'interdiction absolue et la liberté absolue, tout est bloqué. La discussion ne s'ouvre que s'il existe une troisième voie.* »

que de façon immédiate et inconditionnelle au jour de la naissance, c'est se satisfaire d'une fiction juridique pour ne voir dans quelques solutions contraires du droit positif que des exceptions admises en pure opportunité⁽⁶⁶⁾. L'adage *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* n'a jamais eu d'autre sens⁽⁶⁷⁾ : poser que l'enfant conçu doit être considéré comme né chaque fois qu'il y va de son intérêt constitue clairement une exception au principe corollairement exprimé selon lequel la naissance seule lui permettrait normalement d'être reconnu sujet de droit⁽⁶⁸⁾.

Mais on doit ici faire deux observations. Constatons d'abord que l'adage *Infans conceptus*... ne consiste pas simplement à admettre en exception quelques cas particuliers, mais revient à poser un véritable principe contraire à celui retardant l'acquisition de la personnalité à la naissance⁽⁶⁹⁾. Or, pour concilier deux principes contradictoires, la logique semble n'accorder qu'un moyen : réduire leur domaine respectif. C'est précisément à cette fin que l'on a cru devoir limiter la portée de l'adage à la seule matière visée par le Code, pour estimer que, en ce domaine exclusivement, l'enfant simplement conçu acquerrait sa personnalité dès sa conception. Selon cette lecture restrictive, l'adage inviterait à accorder une personnalité juridique à l'enfant dès sa conception chaque fois qu'il s'agirait de lui octroyer un droit, et à retarder en revanche cette

(66) Le Code civil ne l'envisage qu'en matière de succession et de libéralités entre vifs ou à cause de mort : art. 725, al. 1^{er}, et art. 906. Il est donc acquis, en vertu même de cette dernière disposition, que l'on peut contracter avec un enfant pas encore né, par le biais de son représentant. La seule question en débat sera par conséquent de décider si l'hypothèse doit se réduire à celle de la donation constituée au bénéfice du *nasciturus* ou si l'on y doit voir au contraire l'expression d'un principe général susceptible de valoir pour toute autre convention (sur cette question, v. plus spéc. *infra*, n° 42).

(67) Le principe, autrement formulé, est donné par PAUL (*in Dig.*, I, V, 7 et 26) comme étant destiné à justifier les nombreuses dérogations alors admises au principe contraire selon lequel l'enfant ne pouvait devenir sujet de droit qu'au jour de sa naissance. Il aurait déjà trouvé auparavant son application aux successions dans la loi des XII Tables, puis à diverses autres matières (pour des exemples, v. L. SÉBAG, *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, th. Paris, Sirey, 1938, pp. 30-34). Sur l'apparition de l'adage en droit romain, v. égal. A. LEFEBVRE-TEILLARD, art. préc. (*supra*, note 62), pp. 499-501.

(68) Pour voir classiquement dans l'adage *Infans conceptus*... une pure fiction, v. not. F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts* [*Traité de droit romain*], 2^e éd., Veit, Berlin, t. II, 1840, trad. Ch. Guénoux, éd. F. Didot, 1855, § LXII, p. 12, pour qui la maxime est « une simple fiction qui ne trouve à s'appliquer que dans d'étroites limites, et à un certain ordre de faits spécialement déterminé » ; Ch. DEMOLOMBE, *op. cit.* (*supra*, note 1), t. XIII, *Traité des successions*, t. I, 5^e éd., 1875, n° 174, pp. 221-222 ; et aujourd'hui encore, X. LABBÉE, *op. cit.* (*supra*, note 64), p. 91. Pourtant, la théorie de la réalité n'a pas été étrangère à la réception du vénérable adage dans le code réformateur. V. ainsi G. A. CHABOT DE L'ALLIER, rapp. Trib., 26 germ. an XI (*in* P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XII, p. 161 et s., spéc. art. 725, p. 168, et J.-G. Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. X, p. 220, n° 14) : « il n'est pas nécessaire que l'individu soit né pour être habile à succéder ; il suffit qu'il soit conçu, parce que l'enfant existe réellement dès l'instant de sa conception ».

(69) Rappelons en ce sens que la règle débordait de beaucoup en droit romain la seule matière des successions et des libéralités finalement consignée en 1804, et que c'est selon cette même vocation que la jurisprudence a pu depuis invoquer le principe formulé par l'adage au-delà des strictes hypothèses du Code. V. ainsi Ch. réunies, 8 mars 1939, *DC* 1941, p. 37, note L. Julliot de La Morandière, et *S.* 1941, I, p. 25, note H. Batiffol, s'agissant du droit à la perception d'une rente pour l'enfant conçu au jour de l'accident du travail qui a entraîné le décès du père ; 1^{re} civ., 10 déc. 1985, *Bull.*, I, n° 339 ; *D.* 1987, p. 449, note G. Paire ; *RTD civ.* 1987, p. 309, obs. J. Mestre, l'arrêt, de cassation, visant spécialement, au sujet du bénéfice d'une majoration conventionnelle du capital dû au titre d'une assurance-décès pour chaque enfant à charge, le principe général du droit selon lequel l'enfant est réputé né à chaque fois qu'il y va de son intérêt. Sur cette extension du domaine de la règle, v. J.-P. GRIDEL, « L'embryon-fœtus en droit positif français », *in Introduction au droit et au droit français*, 2^e éd., Dalloz, 1994, pp. 711-730, spéc. pp. 724-725.

personnalité au jour de sa naissance s'il s'agissait de lui imputer une obligation. La personnalité de l'enfant à naître serait ainsi partielle parce que reconnue sous sa seule forme active, sa personnalité passive ne venant la compléter qu'au jour de la naissance. Mais cette solution n'est pas admissible : outre la critique portée contre l'interdiction faite au *nasciturus* d'être partie à un contrat synallagmatique, au détriment même de son intérêt⁽⁷⁰⁾, on est obligé de reconnaître que cette personnalité active elle-même resterait encore subordonnée à la condition de la naissance de l'enfant. C'est donc bien en réalité par le jeu de la condition que l'on parviendra à concilier la portée des deux principes : on accordera provisoirement à l'enfant simplement conçu la personnalité juridique, mais on ne le fera que sous réserve qu'il vienne à naître⁽⁷¹⁾. Dès lors que la condition assure la coexistence des deux principes contradictoires, il n'est plus aucune raison de prétendre limiter la personnalité conditionnelle de l'enfant à sa seule forme active⁽⁷²⁾.

La seconde observation conduit à relever que s'il a toujours été logique de considérer en principe la naissance comme marquant seule la formation de la personnalité en un temps où aucun être n'apparaissait à la vue du monde avant cet instant, il en va peut-être autrement aujourd'hui que l'on peut observer de l'extérieur l'évolution *in utero* de l'embryon puis du fœtus. S'il reste que l'enfant à naître est généralement invisible aux yeux alentour, et que le principe consistant à retarder l'acquisition définitive de la personnalité au jour de la naissance ne nécessite pas de devoir être en conséquence remis fondamentalement en cause, au moins cette scrutation anticipée invite-t-elle à le tempérer d'autant plus naturellement. Par où l'on voit que, hier compris comme disposition d'exception, l'adage *Infans conceptus...* peut aujourd'hui pleinement s'affirmer comme l'expression articulée d'un seul et même principe, consistant à attribuer une personnalité conditionnelle dès le jour de la conception puis une personnalité définitive au jour de la naissance⁽⁷³⁾.

(70) Sur laquelle v. *infra*, n° 42.

(71) En ce sens, v. J.-P. GRIDEL, art. préc. (*supra*, note 69), p. 727 : « La personnalisation de l'embryon-fœtus repose sur le jeu rétrospectif d'une condition suspensive, la naissance vivante et viable. » On avoue ne pas comprendre l'argument parfois avancé selon lequel la personnalité ne saurait être soumise à condition : s'il s'agit de se contenter d'affirmer que toute chose est ou n'est pas, il faut pareillement exclure toute idée d'obligation conditionnelle ; s'il s'agit de restreindre cette absoluité à la seule personnalité juridique, l'exception demande à être démontrée (rapp. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les Obligations*, 22^e éd., PUF, 2000, n° 132, p. 258 : « Le terme et la condition ne concernent pas seulement les obligations et le contrat, ils peuvent affecter tous les droits »). De fait, l'affirmation paraît procéder d'une confusion entre la réalité matérielle de l'être, nécessairement inconditionnelle, et sa traduction juridique, seule en cause ici, qui, comme toute chose pensée, peut toujours l'être sous condition. Seul importe en vérité, s'agissant de l'état de la personne, que l'institution de cette condition échappe à la libre détermination des intéressés.

(72) Rapp. en ce sens 1^{re} civ., 28 janv. 2009, *Bull.*, I, n° 12 ; D. 2009, p. 1927, note G. Raoul-Cormeil, qui oblige l'enfant, pourtant né après le décès de son père, à supporter les frais de ses obsèques.

(73) L'ancienne institution du curateur au ventre, qui visait à nommer un représentant des intérêts de l'enfant à naître, contre ceux peut-être mal disposés de la mère, incitait déjà à reconnaître cette personnalité précoce, tant il est vrai qu'une personne ne peut jamais représenter qu'une autre personne, et non une chose.

On n'a semble-t-il pas assez souligné que la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de reconnaître la personnalité juridique de l'enfant à naître, estimant que « l'article 906 du Code civil [...] traduit le principe fondamental suivant lequel il ne peut exister de droits sans sujets de droits » : 1^{re} civ., 22 juill. 1987, *Bull.*, I, n° 258.

Sur les conséquences de l'attribution de cette personnalité *ante natum*, v. *infra*, n° 41 et s.

Reste à préciser alors le moment de l'acquisition de cette personnalité conditionnelle⁽⁷⁴⁾. L'adage ne fait pas de distinction et vise indifféremment le jour de la conception. Appliqué littéralement à notre temps, il faudrait en déduire que l'ovocyte fécondé *in vitro* serait dès cet instant susceptible, notamment, de succéder alors même que son propre sort reste pour le moins encore incertain, et qu'il y aurait curieusement lieu de lui attribuer en conséquence un droit qui aura *le plus souvent* vocation à disparaître avec son titulaire⁽⁷⁵⁾. Si l'on veut bien réaliser que le principe n'a jamais été formulé par le droit romain classique qu'en considération d'une fécondation alors nécessairement naturelle, on inclinera à déduire de l'objection qui précède qu'il n'a en raison aucune vocation à s'appliquer à la fécondation artificielle⁽⁷⁶⁾.

Si l'on ne peut, s'agissant de la fécondation *ex utero*, retenir le moment de la conception comme marquant l'apparition de la personnalité conditionnelle, il y a peut-être lieu de reconsidérer de la même façon la détermination de ce moment au cas de fécondation *in utero*, de manière à adopter rationnellement un même critère, commun à tout être humain, quelle que fût la forme de sa conception. Dans cette recherche, l'adage *Infans conceptus...* invite à retenir l'événement suivant le plus immédiatement la conception : la fixation au septième jour du blastocyste sur la paroi utérine, constitutive de la nidation. Ce n'est en effet qu'à partir de cet instant que l'ontogenèse deviendra irréversible ; sans cette fixation, l'œuf ne disposera pas des ressources qui lui permettront de former l'embryon puis le fœtus⁽⁷⁷⁾.

Toute autre date doit être exclue pour tardivité incompatible avec l'attribution antérieure

(74) Étant entendu que l'article 311 du Code civil, selon lequel l'enfant est présumé avoir été conçu, selon son intérêt, entre le trois centième et le cent quatre-vingtième jour avant sa naissance, ne suffit pas à répondre à la question, d'abord parce que celle-ci peut se poser avant même que naisse l'enfant, ensuite parce qu'il ne s'agit de toute façon là que d'une simple présomption, susceptible de preuve contraire.

(75) Ceci d'une part parce que, statistiquement, une minorité seulement de ces cellules développeront un être humain jusqu'à sa naissance et, d'autre part, parce que l'implantation après le décès du père demeurant illicite (C. santé publ., art. L. 2141-2, al. 3), l'hypothèse de sa transgression s'en trouve d'autant réduite. En ce sens, v. ainsi F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Droit civil – Les successions – Les libéralités*, 3^e éd., Dalloz, 1997, n° 42-1, p. 42, qui excluent pour cette raison tout droit successoral au zygote non implanté.

(76) V. *supra*, eod. num., *in limine*. *Contra*, retenant la date de la conception *in vitro* pour l'admission de l'action en réclamation d'état, v. TGI Angers, 10 nov. 1992, D. 1994, SC, p. 30, obs. crit. X. Labbé, qui préfère adopter pour sa part la date de l'implantation du blastocyste. Cette dernière date n'est peut-être toutefois pas la plus adéquate, car elle ne correspond à aucun événement du processus naturel, et supposerait de retenir de façon inopportune une date différente selon que la conception se fut réalisée *in utero* ou *ex utero*.

(77) Cette solution s'imposera tant du moins que le développement *ex utero* de l'embryon relèvera de la science-fiction. Si l'ectogenèse de l'être humain doit un jour être technologiquement maîtrisée, et moralement acceptée, la solution analogue à celle ici développée consistera à accorder du jour du placement en incubateur une personnalité conditionnée à la délivrance de l'enfant.

Soulignant le caractère décisif de cette étape, v. ainsi CCNE, avis n° 001 du 22 mai 1984, rapport ; J.-F. MATTEI, art. préc. (*supra*, note 56), pp. 281-289, spéc. p. 285 : « l'embryon *in vivo* a vocation naturelle et spontanée à se développer, alors qu'*in vitro* il lui manque évidemment ce destin supplémentaire qu'est la nidation et qui permet éventuellement le développement. Cette différence est importante. », et p. 286 : « La difficulté tient à un fait : à partir du moment où l'embryon est libre, nous sommes à même de le manipuler et nous nous interdisons de le faire. Quand il est *in utero*, l'approche est différente parce que nous considérons spontanément qu'il est protégé par (ou dépendant de) l'organisme de sa mère. » ; X. DIJON, *op. cit.* (*supra*, note 42), pp. 149 et 153. Il semblerait que l'Église catholique retienne cette même condition dans sa prohibition de l'avortement (v. A. SÉRIAUX, *Droit canonique*, PUF, 1996, n° 299, p. 740).

de cette personnalité conditionnelle à l'embryon, qu'il s'agisse de retenir le moment à partir duquel le fœtus pourrait être considéré comme viable s'il venait à naître⁽⁷⁸⁾, celui à partir duquel, les organes étant constitués, l'embryon passerait au stade fœtal pour ne plus faire que croître⁽⁷⁹⁾, et où l'on pourrait lui reconnaître alors une activité cérébrale⁽⁸⁰⁾ et une apparence humaine⁽⁸¹⁾, ou encore celui, franchement positiviste, à partir duquel la mère ne disposerait plus du droit d'exiger l'interruption de sa grossesse⁽⁸²⁾.

Il en résulte que tout contrat conclu avant le début de la nidation au nom d'un enfant pourtant conçu⁽⁸³⁾ devra être considéré comme inexistant pour absence de personnalité juridique du contractant⁽⁸⁴⁾ : à ce stade, l'être humain est encore une chose, aussi sacrée fût-elle. Sous bien des aspects, cette sanction s'appliquera semblablement à la personne morale qui n'aurait pas été suffisamment organisée pour être reconnue.

2. La personne morale non organisée

24. Fiction et réalité – Le lieu est devenu commun de dénoncer l'acharnement dogmatique : trop d'efforts ont été consacrés, trop de pages ont été noircies à défendre, selon, la fiction ou la réalité de la personnalité morale⁽⁸⁵⁾. Trop en regard du résultat obtenu : un siècle et demi après le coup d'envoi pandectiste, aucun zélateur n'a su convaincre de la pertinence de sa thèse ; le législateur a continué à engendrer ses créatures dans la superbe ignorance d'opinions doctrinales restées à jamais en débat. Sur ce constat,

(78) L'admission de cette date revenant en outre à opérer une confusion latente entre l'octroi de la personnalité conditionnelle et celui de la personnalité définitive, la condition de viabilité étant déjà exigée pour l'attribution de la seconde (v. *infra*, n° 41).

(79) Date fixée au terme de la huitième semaine de grossesse (CCNE, avis n° 008 du 15 déc. 1986).

(80) Parallèle fait avec le terme de cette activité, qui marquerait aussi celui de la vie. Sauf que la seule mort cérébrale ne suffit pas, en l'état du droit positif, à établir la mort clinique et juridique (v. *infra*, n° 69). Surtout, cette date, comme tout autre critère prétendant sectionner le processus de formation de l'enfant, paraît bien arbitraire : est-il bien certain que dès ses prémices l'activité cérébrale de l'être humain se distingue déjà de celle des autres anthropoïdes ?

(81) Au fondement de l'idée selon laquelle l'être humain ne devient une personne que lorsque son humanité peut être reconnue par ses semblables (v. *supra*, n° 16). C'est ici encore confondre l'acquisition de la personnalité conditionnelle avec celle de la personnalité définitive.

(82) Ce critère devant être de plus rejeté pour cette autre raison qu'il repose sur une cause parfaitement étrangère à la question posée : le terme de douze semaines ici retenu par l'article L. 2212-1 du Code de la santé publique est le fruit de la conciliation des deux intérêts contradictoires de la mère et de l'enfant ; or la considération des intérêts en présence, et de celui de la mère en particulier, est tout à fait indifférente au constat de la personnalité de l'enfant, qualité qui lui est strictement intrinsèque. On ne détermine pas la personnalité d'un être en fonction des intérêts d'un autre.

(83) Hypothèse qui vise notamment celle de la donation acceptée au nom d'un zygote conçu *in vitro* et non encore implanté.

(84) Délai qui variera d'une semaine pour l'ovocyte fécondé *in vivo* à cinq années pour celui fécondé *in vitro* (C. santé publ., art. L. 2141-3, limitant à cinq années la conservation de l'embryon destiné à un éventuel « projet parental »). S'agissant du premier, on voit que l'adage *Infans conceptus...*, si on devait l'appliquer strictement dès le jour de la conception, ne trahirait que faiblement la solution proposée. S'agissant du second, on mesure au contraire tout l'intérêt de retarder la personnalité conditionnelle à la nidation.

(85) Sur ce constat, v. encore récemment J.-F. QUIEVY, *Anthropologie juridique de la personne morale*, th. Paris XI, 2008, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 510, 2009, n°s 3 à 5, pp. 2-5.

les auteurs, tout en célébrant l'heure de la synthèse, ne se contentent généralement plus aujourd'hui que de prendre acte des interventions législatives et des interprétations jurisprudentielles, n'appréciant plus qu'en pure opportunité chacune des nouvelles apparitions de la personne morale. Il est pourtant trop évident que ce renoncement, en abandonnant le terrain au nominalisme législatif, entérine de fait la thèse de la fiction, laquelle arracherait finalement ainsi sa victoire, non par démonstration, mais par forfait⁽⁸⁶⁾.

S'il ne peut être question de prétendre réitérer ce qui a été mille fois tenté, au moins ne se résoudra-t-on pas à se confiner à ce rôle purement contemplatif. Car le champ déserté n'est pas en ruine : des grands travaux du passé demeure un édifice suffisamment construit pour y abriter les personnes morales. Qu'aucune des deux thèses n'ait pu l'emporter, on ne doit pas conclure, par dépit, que, au fond, la question fut inconséquente : il reste déterminant d'établir si la personnalité morale répond *ab origine* à une réalité sociale, ne serait-ce que pour permettre d'assurer une intervention raisonnée du législateur ou du juge et de garantir ce faisant un minimum de sécurité juridique⁽⁸⁷⁾. On serait, semble-t-il, bien mieux inspiré d'en déduire ainsi que la vérité coule vraisemblablement au milieu. Il se pourrait en effet qu'une notion juridique, et la personnalité morale en particulier, puisse être à la fois réelle et fictive, soit que, autrement posé, sa réalité factuelle puisse néanmoins subir quelque préséance du droit⁽⁸⁸⁾.

25. Personne morale et personnalité juridique – Le temps n'est plus où, pour imposer le concept, on crut devoir invoquer, comme souvent dans le passé, l'argument anthropomorphique⁽⁸⁹⁾. Aujourd'hui que nul ne songe plus à remettre en cause la

(86) Puisque, en renonçant à mettre la norme à l'épreuve des faits, on accepte aussi par là sa prééminence sur la réalité sociale et l'on admet donc nécessairement que la personne morale naîtrait de cette seule source normative plutôt que de la réalité préexistante. Comp. ainsi la définition symptomatique donnée de la personnalité morale dans le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant : « Nom donné à la personnalité juridique des personnes morales ; désigne aussi dans la théorie dite de la personnalité morale la fiction en vertu de laquelle un groupement, un organisme, etc., est considéré comme un sujet de droit en soi, une entité distincte de la personne des membres qui le composent. » V. encore v° Personne morale.

(87) Ajoutons que réduire en la matière la personnalité juridique à une pure question d'opportunité inviterait à en faire logiquement de même pour toutes autres choses : animaux, végétaux, ordinateurs... (sur l'exclusion de la personnalité en ces hypothèses, v. *supra*, n° 21).

(88) C'est en effet le sens de l'histoire du droit que d'introduire une institution nouvelle comme fiction, par assimilation aux concepts existants, avant de lui découvrir à son tour un fondement et de lui reconnaître ainsi une réalité factuelle. V. ainsi R. von JHERING, *op. cit.* (*supra*, note 18), t. IV, 1888, § 68, p. 299 ; L. LECOCQ, *De la fiction comme procédé juridique*, th. Paris, 1914, p. 209 ; F. GÉNY, *Science et technique*, t. III, Sirey, 1921, n° 240, pp. 365-366, et n° 242, pp. 375-377 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « Les fictions en droit privé », *Arch. phil. dr.*, t. 20, Sirey, 1975, pp. 273-291, n° 5, p. 277 ; P. WOODLAND, *Le procédé de la fiction dans la pensée juridique*, th. Paris II, 1981, pp. 20-25 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques*, th. Perpignan, 1994, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 253, 1997, n° 4.1, pp. 14-15 ; A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques*, th. Paris II, 1995, n° 196, p. 221. Et tel est bien le procédé intellectuel à l'origine de la notion de personnalité morale : v. *supra*, n° 17, spéc. note 12. Or, celle-ci a connu depuis lors assez de développements pour que sa réalité ne puisse plus lui être raisonnablement contestée : il serait fort improbable que le droit ait partout multiplié les personnes morales sans que celles-ci n'aient jamais répondu à quelque vérité. Il suffit du reste pour s'en convaincre d'observer tous les caractères communs qui unissent celles reconnues par la loi (v. *infra*, n° 26).

(89) L'analogie était classiquement employée depuis BARTOLE, lequel, en ce sens, parlait de *personae fictae* (v. *supra*, note 12) ; elle l'était encore à la fin du XIX^e siècle (v. not. R. WORMS, *Organisme et société*, th. Paris, 1895). Rapp. égal. l'analyse organique proposée de l'État par HOBBS en introduction à son *Léviathan* (*suite p. suiv.*)

pertinence, au moins juridique, de la personnalité morale, le constat est fait de tous : les personnes morales n'ont rien de physique. À tel point que, par définition même, les deux s'opposent⁽⁹⁰⁾ : alors que la personne physique réside dans un corps, la personne morale est purement incorporelle. Pourtant, constituée de personnes physiques, la personne morale a elle aussi figure humaine⁽⁹¹⁾ ; pour le droit, elle est l'autre personne humaine. Il n'est ici besoin d'aucune fiction pour l'admettre⁽⁹²⁾.

Mais on doit alors, à cet endroit, éviter un écueil : si l'on distingue nettement la personne physique de sa personnalité juridique, selon que l'on envisage la personne humaine en fait ou en droit, il faut également se garder de confondre la personne morale avec sa personnalité juridique⁽⁹³⁾. C'est cette confusion qui a forcé à considérer que la personnalité morale ne revêtirait aucune réalité de fait, et qu'elle devrait comme telle, puisque réduite à sa seule expression juridique, se comprendre à nouveau comme une fiction du droit⁽⁹⁴⁾. Visant la personnalité juridique en lieu de la personne morale, les tenants de la fiction se sont manifestement trompés de cible : il est aussi vain de dénoncer comme artefact la personnalité juridique appliquée à la personne morale que lorsqu'elle est octroyée à la personne physique. Dans tous les cas, la personnalité juridique, qui ne varie pas selon qu'elle habille une personne physique ou morale⁽⁹⁵⁾, demeure à l'évidence un instrument juridique destiné, au mieux, à traduire en droit une réalité de fait⁽⁹⁶⁾. C'est précisément parce

(*Leviathan*, trad. F. Tricaud, Sirey, 1971, p. 5). Or cette fiction-là a depuis longtemps été dénoncée. V. par ex. G. WICKER, *op. cit.* (*supra*, note préc.), n° 248, p. 237, où l'auteur conclut : « *La qualification de fiction juridique appliquée à la personnalité morale résultait d'une conception anthropomorphique, erronée, de la notion de personnalité juridique, alors que, pris en son sens technique, cette notion admet parfaitement qu'elle puisse être étendue, au-delà des individus, aux groupements.* »

(90) V. *supra*, n° 17.

(91) Quand bien même serait-elle constituée d'autres personnes morales : les personnes physiques sont toujours à la base de ces dernières. La fondation également trouve toujours sa source dans la personne physique de son fondateur, même depuis disparu (v. *infra*, n° 26, *in medio*). Pour un examen récent de ce rapport entretenu entre personnes physiques et personnes morales, v. Th. REVET, « Rapport de synthèse », in *La personnalité morale*, Trav. Assoc. H. Capitant, Journ. nat., t. XII, La Rochelle, 4 juin 2007, Dalloz, 2010, pp. 109-117.

(92) En ce sens que, dès lors que la personnalité des groupements et des fondations est reconnue, celle-ci se rapporte nécessairement à la personnalité humaine, seule qui soit.

(93) Pour la distinction, v. M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Sirey, 1929, pp. 715-716 ; G. RENARD, *op. cit.* (*supra*, note 23), p. 244 ; J. VAN COMPERNOLLE, « La personnalité morale : fiction ou réalité ? », in *Les présomptions et les fictions en droit*, dir. Ch. Perelman et P. Foriers, Bruylant, 1974, pp. 318-338, spéc. p. 326 ; F. TERRÉ, préf. à N. Fadel Raad, *L'abus de la personnalité morale en droit privé*, th. Paris II, 1990, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 214, 1991, pp. II-III ; G. WICKER, *op. cit.* (*supra*, note 88), n° 228, pp. 217-218.

(94) Il est particulièrement édifiant à cet égard de rappeler que la *personne juridique* a longtemps été l'autre nom de la *personne morale*, et que l'on trouve parfois encore aujourd'hui les deux termes employés indifféremment l'un pour l'autre. N'est-ce pas ainsi cette assimilation qui explique que, pour refuser la personnalité juridique à la société en participation, l'article 1871, alinéa 1^{er}, du Code civil se soit contenté d'affirmer que celle-ci « *n'est pas une personne morale* » ? En ce même sens, v. not. *Vocabulaire juridique*, v° Personnalité morale, préc. (*supra*, note 86) ; et J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », *RTD civ.* 1993, p. 705 et s., spéc. n° 12, p. 713 : « *Ainsi, la personnalité morale est, à la fois, un concept et une construction juridiques. Elle n'existe pas en dehors du droit. Elle n'a été conçue que pour satisfaire des besoins pratiques et juridiques. Peut-être peut-on dire dans cette perspective qu'elle est et qu'elle n'est qu'un mécanisme, un instrument ou une technique juridiques.* »

(95) Sur l'unicité fondamentale de la personnalité juridique, v. *infra*, n°s 58 et 65.

(96) Nul ne l'a peut-être plus clairement dit que Henri MAZEAUD à l'adresse des membres de l'Association Henri Capitant (Trav. Assoc. H. Capitant, t. III, 1947, Dalloz, 1948, pp. 320-321 : « *On parlait de la personnalité morale : mais la personnalité juridique, dans son ensemble, est une fiction, aussi bien la vôtre qui est une personne* » (suite p. suiv.)

que telle est la fonction de cet instrument qu'il importe de déterminer quelle serait la réalité factuelle qui justifierait l'attribution de la personnalité juridique à la personne morale⁽⁹⁷⁾. Que la personne morale, à la différence de la personne physique, reste confinée à une existence purement immatérielle, on ne doit pas déduire qu'elle fût en réalité inexistante, sauf à nier aussi, pour la même raison, l'existence de toute volonté⁽⁹⁸⁾.

À peine sortie de sa fiction originaire⁽⁹⁹⁾, on voit que la personne morale s'est trouvée ainsi, par le jeu d'un mauvais procès, aussitôt replongée dans une autre ; elle s'en tirera cette fois en délaissant son habit juridique. Enfin découverte, on pourra alors clairement éprouver sa réalité afin d'estimer si le droit, en la matière, constate ou engendre le phénomène, ce qui suppose de déterminer, d'abord, si la personne morale existe hors de toute intervention du droit et, ensuite, si l'attribution de sa personnalité juridique ne résulte à son tour d'aucune réglementation particulière.

26. La reconnaissance de la personne morale – De la théorie de la réalité de la personne morale, il s'infère aujourd'hui que l'on devra reconnaître l'existence d'une personne morale chaque fois qu'un groupement de personnes sera organisé de façon à permettre l'expression pérenne d'une volonté collective autonome assurant la poursuite

physique, que la personnalité d'une société quelconque. Votre personnalité juridique n'a pas plus de réalité que la personnalité juridique d'une société quelconque ; la théorie de la fiction d'une société morale est complètement fausse. » En ce sens, v. déjà H. KELSEN, *Reine Reschtlehre [Théorie pure du droit]*, 2^e éd., F. Deuticke, Vienne, 1960, trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, pp. 230-231. L'observation est devenue aujourd'hui banale. V. par ex. R. MARTIN, art. préc. (*supra*, note 4), n° 25, p. 802 : « *Le sujet de droit individuel n'est pas la personne, il renvoie seulement à la personne. C'est un artifice du droit (on pourrait dire une fiction). Il fixe une fonction nécessaire du phénomène juridique. – Le sujet collectif est un artifice de même nature, produit par le droit d'une façon identique. Il n'est ni plus ni moins fictif. Mais il renvoie à un groupe qui n'a pas d'existence immédiate comme la personne physique, qui est un rassemblement de personnes physiques.* » ; puis « *Personne et individu (Un arrière-plan de la bioéthique)* », in *Études offertes à Jacques Béguin – Droit et actualité*, Litec, 2005, pp. 481-485, spéc. p. 482 : « *la personne juridique n'est qu'un artefact, comme l'est le droit tout entier qui pose sur la réalité sociale une grille artificielle, produit de la raison humaine, à travers laquelle est interprétée cette réalité, pour être conduite.* » ; C. LOMBOIS, « *De l'autre côté de la vie* », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique – Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, pp. 285-304, spéc. p. 285, qui pose au moins la question : « *Et si toute personnalité juridique était création de la loi ?* » ; Y. THOMAS, art. préc. (*supra*, note 42), pp. 96-104 ; A. SUPLOT, *Homo juridicus – Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005, p. 11 : « *Artefact, la personnalité juridique l'est, à n'en pas douter. Mais, dans l'univers symbolique qui est le propre de l'homme, tout est artefact.* » ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Manuel de droit des personnes*, PUF, 2006, n° 5, p. 20 : « *Il convient de se départir de l'idée, léguée par une partie de la tradition, celle de la doctrine de la fiction des personnes morales, qui veut que les personnes morales soient des créations de l'esprit là où les personnes physiques seraient une réalité. Personnes physiques comme personnes morales seraient [sont] pareillement des abstractions qui, autant l'une que l'autre reposent sur un substrat réel.* »

(97) Alors que la confusion entretenue entre personnalité morale et personnalité juridique conduit au contraire à réduire le débat sur la nature véritable ou fictive de la personne morale à la seule et vaine question de savoir si l'octroi de sa personnalité juridique doit résulter d'une disposition expresse de la loi ou de sa simple reconnaissance tacite par le droit, étant acquis que la personnalité morale ne serait en tout état de cause qu'un pur instrument juridique.

(98) La philosophie matérialiste elle-même n'a jamais prétendu que la volonté, et toute pensée en général, n'existait pas : elle se contente seulement de subordonner son constat à la préexistence de la matière. Or, on ne conclut pas autrement à l'égard de la personne morale : son existence dépendra toujours de celle préalable des personnes physiques qui la fondent. Sur la prééminence du critère volontariste dans la définition de la personne morale, v. *infra*, n° 26.

(99) V. *supra*, *eod. num.*, note 89.

d'un intérêt propre⁽¹⁰⁰⁾. Son essence ne se confondra donc pas à l'acte juridique qui la fonde : la personne morale pourrait exister sans celui-ci⁽¹⁰¹⁾.

À dire vrai, le dernier critère est probablement superfétatoire : la personnalité se détermine tout entière dans l'existence d'une volonté libre et autonome⁽¹⁰²⁾, peu important

(100) Il est ici hors de propos de retracer l'évolution qu'a suivie l'élaboration de cette définition. On ne peut que se contenter de renvoyer aux manuels, actuels et passés, et aux autres écrits qui ont jalonné, en France, la matière, parmi lesquels v. not. M. HAURIOU, « De la personnalité comme élément de la réalité sociale », *Rev. gén. dr.* 1898, pp. 5-23 et 119-140, puis *Principes de droit public*, 2^e éd., Sirey, 1916, pp. 41-302 ; L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, LGDJ, 1906-1909, 3^e éd., par L. Trotabas, 1932 ; R. SALEILLES, *De la personnalité juridique*, A. Rousseau, 1910, 2^e éd., préf. H. Capitant, 1922 ; R. CLEMENS, *Personnalité morale et personnalité juridique*, Sirey, 1935 ; P. COULOMBEL, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, th. Nancy, 1950. Pour sa critique, v. not. B. OPPETIT, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, th. Paris, 1963. Et pour synthèse, v. G. WICKER, in *Rép. civ.*, Dalloz, v^o Personne morale, 1998 ; A. PAYNOT-ROUVILLOIS, in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, Lamy/PUF, 2003, v^o Personne morale.

La solution est consacrée en jurisprudence, depuis Civ., 2^e sect., 28 janv. 1954, *D.* 1954, p. 217, note G. Levasseur ; *JCP* 1954, II, 7978, concl. H. Lemoine ; *Dr. soc.* 1954, p. 161, note P. Durand ; *Les grands arrêts jur. civ.*, 12^e éd., par F. Terré et Y. Lequette, Dalloz, t. I, 2007, n^o 19, la Cour estimant, au sujet du comité d'établissement, que « la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés » ; attendu de principe repris sous Soc., 17 avril 1991, *Bull.*, V, n^o 206 ; *Dr. soc.* 1991, p. 516 ; *JCP E* 1991, II, 229 ; *JCP* 1992, II, 21856, note H. Blaise, pour les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. V. encore, pour les comités de groupe, Soc., 23 janv. 1990, *Bull.*, V, n^o 20, *Rapp.*, p. 291 ; *Dr. soc.* 1990, p. 322, note J. Savatier ; *JCP* 1990, II, 21529, note R. Nevot ; *JCP E* 1990, II, 15755 ; *RJS* 1990, p. 64, concl. G. Picca ; *Rev. sociétés* 1990, p. 444, note R. Vatinet, qui affirme pour justifier sa décision que ces comités « sont dotés d'une possibilité d'expression collective pour la défense des intérêts dont ils ont la charge et possèdent donc la personnalité civile qui leur permet d'ester en justice ». Rapp. la position du Conseil d'État, *infra*, note 116. La Cour européenne des droits de l'homme considère elle-même que l'article 11 de la Convention fait obligation aux États membres de reconnaître cette personnalité juridique du groupement : CEDH, 21 nov. 2006, n^o 34503/97, *Demir et Baykara c. Turquie*, § 29.

(101) La personne morale pourrait bien apparaître en effet au détriment de ses membres si ceux-ci avaient inconsciemment réuni les conditions de son existence. Et l'on ne pourrait en ce cas lui assigner aucune des qualifications contractuelles qu'on lui attribue généralement, à défaut de pouvoir reconnaître quelque intention juridique aux parties. La société créée de fait pourrait donc elle-même ne pas être de nature contractuelle : v. *infra*, n^o 390, spéc. notes 363 et 364.

(102) V. *supra*, n^o 21, note 41. Il est du reste assez remarquable que le critère de la volonté ait présidé à la naissance même de la notion de personne morale. V. ainsi S. VON PUFENDORF, *loc. cit.* (*supra*, note 12) ; *adde* t. II, liv. VII, chap. II, § VI, p. 286 : « Afin donc qu'une Multitude de gens devienne une seule Personne, à qui l'on puisse attribuer une seule action, & qui ait certains droits par opposition à chaque Particulier, il faut nécessairement que tous ces gens-là ensemble aient, d'un commun accord, uni leurs volontés & leurs forces par le moyen de quelque Convention » ; puis § XIII, pp. 295 : « Du moment que ces Conventions sont conclues et arrêtées, la Multitude ainsi unie forme l'État, que l'on conçoit comme une seule Personne, douée d'Entendement & de Volonté, & qui produit des actions particulières, distinctes de celles de chaque Citoyen [...] Voici donc, à mon avis, la définition la plus exacte que l'on peut donner de l'État : c'est une Personne Morale composée, dont la volonté formée par l'union des volontés de plusieurs en vertu de leurs conventions, est regardée comme la volonté de tous afin qu'elle puisse se servir des forces & des facultés de chaque Particulier, pour procurer la paix & la sûreté commune. »

C'est bien ainsi que la Cour de cassation a pu approuver une cour d'appel d'avoir refusé la personnalité juridique à la section syndicale au seul motif que celle-ci n'avait « ni organe d'expression propre ni volonté collective distincte du syndicat dont elle émane » (Soc., 19 déc. 1990, *Bull.*, V, n^o 698). Et c'est la même raison qui justifie que la personnalité juridique ne soit pas attribuée aux corps constitués que sont les chambres parlementaires, les tribunaux, les conseils régionaux, etc., car ceux-ci, juridiquement, expriment, non pas la volonté de leurs membres, mais celle des représentés : seule la communauté de ces représentés forme donc, par ce truchement, une personne juridique.

L'éviction de ce critère au bénéfice de celui reposant sur l'intérêt a toujours procédé d'un malentendu, consistant à nier la pertinence du critère volontariste au constat fait que le droit octroie bien une personnalité juridique à ceux, *infans* ou aliénés, qui ne jouissent pourtant d'aucune volonté libre et autonome. Pour cet arg., v. not. R. VON JHERING, *op. cit.* (*supra*, note 88), § 70, pp. 321-325 ; L. MICHOU, *op. cit.* (*supra*, note 7), n^o 46, pp. 102-103. C'était abusivement rapporter à l'existence particulière ce qui relève avant tout de l'ontologie : on attribue une personnalité juridique à toute personne humaine parce que celle-ci dispose, *par essence*, d'une

(suite p. suiv.)

l'intérêt qu'elle entend poursuivre⁽¹⁰³⁾. Il reste néanmoins commode, à titre fonctionnel⁽¹⁰⁴⁾, pour contrôler l'existence d'une volonté collective distincte de celle des membres : relever que l'intérêt du groupe puisse commander une décision différente de celle adoptée par une majorité poursuivant ce faisant un autre intérêt permettra de constater que la volonté du groupe peut se distinguer de celle de ses membres⁽¹⁰⁵⁾, et que se révèle par là la personne morale.

volonté propre et intelligible, peu important que certains individus, partageant cette même essence, n'en jouissent cependant pas. V. ainsi R. SALEILLES, *op. cit.* (*supra*, note 100), 23^e leçon, p. 582 : « *le droit est la manifestation d'une volonté libre et consciente ; ce qui veut dire, non pas qu'il se confond avec la volonté, mais qu'il suppose pour le réaliser une volonté libre et consciente. Et encore faut-il l'entendre d'une simple virtualité, puisque nous venons de voir que les aliénés et les enfants étaient capables d'avoir des droits.* »

(103) Reconnaître au sujet un intérêt digne de protection suppose acquis que celui-ci puisse être revendiqué et défendu par celui-là, ce qui implique, en définitive, la préexistence nécessaire d'une volonté autonome. À cet égard, la critique de MICHOU, d'après laquelle « *ce que le Droit veut protéger quand il sanctionne une volonté, ce n'est pas l'acte de volition en lui-même, c'est son contenu. On ne peut pas vouloir sans vouloir quelque chose ; c'est ce quelque chose qui est l'objet de la protection légale, non pas uniquement parce qu'il est voulu, mais parce qu'il est conforme à l'idéal, quel qu'il soit, que le législateur s'est formé de l'ordre et de la justice. La loi protège, non la volonté, mais l'intérêt que cette volonté représente.* » (*op. cit.*, (*supra*, note 7), n° 47, t. I, pp. 104-105), tombe à plat car, au fond, c'est exactement le contraire : la loi ne protège pas l'objet de la volonté mais la volonté elle-même et pour elle-même, sur quelque objet qu'elle se pose, à moins, mais par exception alors, de l'illicéité de cet objet. Le critère tiré de l'intérêt poursuivi permet, non de fonder la force obligatoire de la volition, mais de contrôler celle-ci en fonction de la légitimité de celui-là. C'est de toute façon se payer de mots que de prétendre trouver dans le critère de l'intérêt – c'est-à-dire, on l'a compris, de l'intérêt légitime – quelque fondement à une règle de droit : l'énoncé ne tend en réalité qu'à permettre au juriste de s'approprier la raison de la norme qu'il édicte ; car seul importe de déterminer quand l'intérêt peut être tenu pour légitime. Or, de ce point de vue, digne d'être protégé par principe sera l'intérêt poursuivi par une volonté humaine, même collective. D'où il s'évince que l'intérêt procède de la volonté et revient à elle.

On a du reste pu noter que la seule reconnaissance d'un intérêt collectif ne suffisait pas à conférer la personnalité juridique à un groupement qui ne serait pas suffisamment organisé pour le défendre lui-même : B. DONDERO, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé*, th. Paris X, 2001, PUAM, 2006, n°s 293 à 590, pp. 199-335, qui donne en exemple, n°s 452 à 457, pp. 272-274, celui de l'intérêt reconnu par l'article 217, alinéa 1^{er}, du Code civil à la famille, pourtant non personnalisée. Plus loin encore, le même auteur (*ibid.*, n° 344, p. 228) conclut que, à l'inverse, « *le groupement peut [...] acquérir la personnalité morale alors même qu'il ne défend pas un intérêt distinct des intérêts de ses membres.* »

Comp. lorsqu'il s'agira, la personnalité morale acquise, de lui attribuer en outre la personnalité juridique, et où la valeur des intérêts en cause déterminera alors bien souvent les solutions, *infra*, n° 27.

(104) Voici comment KANT liait sa définition de l'intérêt à l'existence de la volonté : « *Un intérêt est ce par quoi la raison devient pratique, c'est-à-dire devient une cause déterminant la volonté.* » (*Fondements de la métaphysique des mœurs*, préc. (*supra*, note 41), sect. III, p. 145, note). Le promoteur même de l'*Interessenjurisprudenz*, qui résumait sa pensée en définissant les droits subjectifs comme des intérêts juridiquement protégés, n'a jamais dénié à la volonté sa fonction juridiquement constitutive, se bornant lui aussi à voir dans la notion d'intérêt le critère révélateur de celle-là : « *Elle [la volonté] ne se ment que sous le coup d'une pression réelle. Pour la volonté humaine, cette pression réelle c'est l'intérêt.* » (R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht* [Le but dans le droit], 3^e éd., 1893-1898, trad. O. de Meulenaere, *L'évolution du droit*, Chevalier-Marescq, 1901, p. 35, cité par J. Hummel, « La volonté dans la pensée juridique de Jhering », *Droits*, n° 28, La volonté, 1998, pp. 71-81, spéc. p. 78).

(105) Ainsi l'accord unanime des associés se distingue encore de la volonté de la société si la décision demeure contraire à son intérêt social : Com., 8 nov. 2011, pourvoi n° 10-24438 ; D. 2012, p. 415, note E. Schlumberger ; *Rev. sociétés* 2012, p. 238, note A. Viandier ; RDC 2012, p. 1272, obs. A.-S. Barthez, s'agissant du consentement à une sûreté susceptible d'absorber la totalité de l'actif social.

C'est sur ce même examen que le droit des sociétés sanctionne l'abus de majorité. Le critère supplémentaire, posé en jurisprudence, est plus discuté, qui subordonnerait encore le constat de l'abus à la volonté de favoriser les membres de la majorité au détriment de ceux de la minorité (sur quoi, v. en premier lieu Com., 18 avril 1961, *Bull.*, III, n° 175 ; D. 1961, p. 661 ; S. 1961, p. 257, note A. Dalsace ; JCP 1961, II, 12164, obs. D. B.). La volonté de la personne morale ne réside donc pas tant dans celle exprimée que dans celle qui aurait dû l'être, volonté réelle plutôt que déclarée. Et l'on déterminera la teneur de la volonté réelle de la personne morale en fonction de son intérêt propre.

C'est parfois encore sur ce fondement que l'on exclut la personnalité juridique de l'indivision, sous toutes ses formes, ou de la famille, constat fait qu'à défaut pour ces groupements de pouvoir incarner un intérêt (*suite p. suiv.*)

Quant au critère tiré de l'organisation du groupement, longtemps tenu comme essentiel à la reconnaissance de toute personne morale⁽¹⁰⁶⁾, il semble bien ne s'y rattacher que comme condition de l'expression de la volonté collective, seule fondamentale⁽¹⁰⁷⁾. L'organisation structure l'individu, physique ou moral, et permet à sa volonté de s'affirmer ; la personne apparaît pour cette raison avec cette organisation et disparaît avec elle⁽¹⁰⁸⁾. Mais tout être vivant est organisé : on n'en fait pas systématiquement pour autant des personnes⁽¹⁰⁹⁾.

Cette définition, pour être classique, mériterait d'être toutefois étendue. Le droit a toujours reconnu des personnes morales d'une nature tout autre que collective⁽¹¹⁰⁾, résidant dans l'abstraction faite d'une volonté à celui qui l'a irrévocablement exprimée en vue de constituer un patrimoine propre affecté à la poursuite d'un intérêt distinct. On considère généralement ces autres personnes morales comme de pures créations de la loi ; il n'est pourtant pas tout à fait invraisemblable d'estimer qu'une volonté humaine exprimée et consignée en vue d'organiser la poursuite d'une activité propre et désignée, puisse se détacher de son auteur pour constituer, en réalité, une autre personne, morale celle-là. On n'y retrouverait jamais que la préséance de la volonté libre et autonome comme élément constitutif de la personnalité. Répondent pleinement à cette logique les **fondations** : le fondateur inscrira définitivement sa volonté dans les statuts de sa fondation, lui affectera irrévocablement un patrimoine afin de lui permettre de réaliser une œuvre propre, et désignera des administrateurs en vue d'assurer la poursuite de cet intérêt⁽¹¹¹⁾. Dans la mesure où la volonté fondatrice ne variera plus, échappant en particulier à celle qui pourrait être par la suite différemment exprimée par le fondateur, on ne voit rien qui interdise de reconnaître la réalité de la personnalité morale de la fondation⁽¹¹²⁾.

distinct de celui de leurs membres, on ne saurait leur reconnaître une volonté propre. Rappr. égal. Soc., 16 déc. 2008, *Bull.*, V, n° 255 (*D.* 2009, p. 986, note F. Petit), qui dénie toute personnalité juridique à l'unité économique et sociale, considérant que les intérêts communs des travailleurs représentés par cette forme légale de groupement ne se distinguent pas de ceux déjà défendus collectivement par les entités juridiques qui le composent, et qui seules, par conséquent, constituent des personnes morales.

(106) En particulier en droit public, où l'on évoque alors l'*institution* comme condition constitutive de toute personne morale. Sur cette notion, v. *supra*, n° 18, spéc. note 23. Sur l'insuffisance de ce critère, v. par ex. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, *Les personnes*, préc. (*ibid.*), *loc. cit.*, qui rappelle que toute institution, loin s'en faut, ne dispose pas de la personnalité juridique.

(107) V. encore *infra*, *eod. num.*, *in fine*.

(108) V. *infra*, n° 69, *in fine*.

(109) V. *supra*, n° 21.

(110) Les *universitates* de droit romain étaient aussi bien *rerum* que *personarum* (v. *infra*, *eod. num.*, note 120). Au point que l'on a pu relever en la matière une certaine contamination du réel sur le personnel : v. ainsi, au sujet des communautés ecclésiales, Y. THOMAS, « Un expédient interprétatif à l'origine de la personne morale », in *L'architecture du droit – Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, pp. 951-960. Et c'est la même assimilation qui permettait en droit romain de justifier par la survie de la personne du défunt en ses biens la dévolution de l'hérédité jacente à ses successeurs (*Dig.*, XLVI, I, 22).

(111) Ici comme pour les personnes collectives (v. *supra*, *eod. num.*), le critère tiré de l'intérêt ne sera qu'accessoire : il servira à s'assurer de l'autonomie véritable de la volonté exprimée par rapport aux intérêts propres du fondateur.

(112) Telle est ainsi la théorie de E. ZITELMANN, *Begriff und Wesen der juristischen Personen*, Leipzig, 1873, p. 62 et s. Pour un exposé, v. par ex. L. MICHOD, *op. cit.* (*supra*, note 7), n°s 36 et 37, pp. 78-82, et R. SALEILLES, *op. cit.* (*supra*, note 100), 21^e leçon, pp. 531-532. Rappr. O. VON GIERKE, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, (suite p. suiv.)

Cette volonté-là a bien accédé à son autonomie⁽¹¹³⁾, quand bien même resterait-elle figée pour l'éternité.

Cette *summa divisio* de la personnalité morale entre groupement et fondation se retrouve en droit public⁽¹¹⁴⁾, où il n'est pas plus de raisons de renoncer au principe selon lequel la personne morale se constate plus qu'elle ne se décrète : la personnalité morale de la collectivité territoriale trouvera son fondement dans l'existence d'une volonté propre à l'ensemble de ses membres, dont l'expression sera assurée par représentation⁽¹¹⁵⁾, tandis que celle de l'établissement public se justifiera par le détachement de la volonté exprimée par cette collectivité en vue de la réalisation d'un service public distinct⁽¹¹⁶⁾.

Ainsi élargie, la notion de personne morale devra s'entendre de *tout phénomène par lequel s'exprime durablement une volonté humaine distincte de celle de toute personne physique*⁽¹¹⁷⁾. À l'origine de cette volonté transcendante, les personnes physiques verront ainsi leur échapper, peu ou prou, le produit de leur propre volition⁽¹¹⁸⁾.

Weidmann, Berlin, t. II, 1873, pp. 967-968, cité encore par L. MICHOU, *op. cit.*, n° 78, p. 219, note 1 ; *adde* n° 37, p. 83, note 3. Le fait que la pérennité de la volonté fondatrice soit subordonnée à sa reconnaissance par la loi qui en organise le cadre n'implique pas en effet qu'elle soit fictive (rapp. l'attribution de la personnalité juridique aux départements, *infra*, n° 27, spéc. note 132). *Contra* : R. CLEMENS, *op. cit.* (*supra*, note 100), pp. 225-226 ; J. DABIN, *op. cit.* (*supra*, note 8), pp. 155-163, spéc. p. 157 ; V. GUEDJ, *Essai sur le régime juridique des fondations*, th. Paris II, 1999, n° 198, p. 160.

(113) On n'en dira pas autant des « groupements unipersonnels » (EURL, EARL, SASU, SEU) : l'oxymoron est bien au niveau de l'aberration logique consistant à prétendre, au fond, qu'une même personne (l'associé) serait susceptible d'exprimer simultanément deux volontés distinctes (la sienne et celle de la société). Si une même personne ne peut avoir deux patrimoines, à plus forte raison ne peut-elle avoir deux volontés ; on se souvient pourtant que c'est aussi pour ne pas consacrer en France la théorie du patrimoine d'affectation que le législateur avait alors opté pour cette volonté d'affectation. Sur cette question, v. *infra*, n° 27, *in fine*.

(114) On oppose en la matière, depuis HAURIOU, les « institutions corporatives » aux « institutions fondatives ». Pour l'application de cette distinction entre collectivités territoriales et établissements publics, v. not. M. HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation – Essai de vitalisme social », in *La cité moderne et les transformations du droit*, Cah. Nouv. journ., n° 4, 1925 ; L. CONSTANS, *Le dualisme de la notion de personne morale administrative en droit français*, th. Bordeaux, 1964, Dalloz, 1966., pp. 166-216. *Contra* : F. LINDITCH, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, th. Toulouse, 1991, LGDJ, Bibl. dr. pub., t. 176, 1997, pp. 121-126.

(115) Il en va ainsi de la commune à l'État, lesquels, originellement confondus dans l'antique cité, se disputent tous deux le titre de première personne morale de l'histoire. Pour les départements et les régions, v. égal. *infra*, n° 27, spéc. note 132.

(116) V. ainsi J.-P. THÉRON, *Recherche sur la notion d'établissement public*, th. Toulouse, 1975, LGDJ, Bibl. dr. pub., t. 123, 1976, pp. 12-51, qui y voit une forme de fondation affectée à la réalisation d'un service public. Encore certains établissements publics répondent-ils à une nature mixte, fondative parce qu'institués par une volonté collective en vue de la réalisation d'un service public, mais aussi corporative parce que s'organisant autour d'une collectivité propre dont la représentation est assurée en son sein. Comp. avec l'opinion du Conseil d'État qui, veillant à la réalité des personnes publiques, semble privilégier l'analyse corporative de ce type d'établissement, le définissant comme un « groupement humain capable d'exprimer une volonté autonome et de défendre des aspirations ou des intérêts propres », et citant entre autres exemples les chambres de commerce, les académies ou les universités (*Les établissements publics nationaux*, Étude du Conseil d'État, Doc. fr., 1985, p. 67).

(117) C'est-à-dire susceptible de s'en distinguer. La plupart du temps en effet, la volonté de la personne morale se conformera à celle des membres censés l'exprimer ou à celle du fondateur qui n'a, *a priori*, aucune raison d'avoir changé d'avis.

(118) L'admission de la responsabilité pénale des personnes morales (C. pén., art. 121-2) atteste la pertinence du critère tiré de l'autonomie de la volonté comme élément constitutif, aussi, de la personnalité morale : chaque fois que l'infraction nécessitera, comme de principe, l'existence d'un élément intentionnel (art. 121-3, al. 1^{er}), celui-ci devra bien se constater, au nom de la personnalité des peines, chez la personne morale elle-même, ce qui supposera de lui avoir reconnu une volonté propre et autonome.

Du côté de la fiction, il n'est peut-être, à ce premier stade, pas grand-chose à consigner. Il est certes tentant de penser que la question de la personnalité morale ne se poserait qu'au sujet de groupements ou autres formes préalablement nommés par la loi, et jamais au sujet de purs faits échappant à toute qualification. Mais il y a probablement moins là le jeu d'une véritable condition juridique que la simple conséquence de l'omniprésence du législateur en la matière : le fait est en effet que la loi a depuis longtemps envahi tous les champs d'activité possibles des personnes morales, et qu'elle n'intervient plus par suite qu'à fin d'offrir des formes nouvelles de groupements toujours plus spécialisées. Au fond donc, il n'est aucune raison de penser que la personne morale n'existerait pas avant la qualification juridique de son groupement : elle existe simplement sous une autre qualification, voire comme groupement *sui generis*⁽¹¹⁹⁾. L'histoire démonte d'ailleurs assez le mécanisme : c'est bien à l'origine à quelques groupements de fait que l'on octroya certaines prérogatives jusque là réservées aux personnes physiques⁽¹²⁰⁾, et lorsqu'on le fit, on le justifia précisément par la préexistence dans ces groupements d'une forme de personnalité propre⁽¹²¹⁾. Pour la même raison, on évitera de considérer que la loi serait encore une condition à l'organisation de l'expression de la volonté constitutive de la personne morale : sans la loi, cette organisation pourrait toujours être simplement conventionnelle⁽¹²²⁾, voire purement factuelle, seul important en réalité que la volonté collective puisse, d'une manière ou d'une autre, s'exprimer, et par là exister.

Retenons donc que, pour être incorporelle, la personne morale n'en est pas moins humaine ni véritable que la personne physique. Reste alors à vérifier si elle a encore la même vocation à la personnalité juridique.

27. L'attribution de la personnalité juridique – De la théorie de la réalité, on peut tenir encore que, comme toutes personnes humaines, les personnes morales ont une vocation naturelle à la personnalité juridique⁽¹²³⁾. Mais il faut immédiatement relever que

(119) Mené pour les groupements, le raisonnement vaut aussi bien, *mutatis mutandis*, pour les fondations. Pour l'hypothèse de la personne morale de fait, v. égal. *supra*, n° 26, note 101.

(120) Ce furent d'abord les *universitates* du droit romain (sur lesquelles v. not. B. ELIACHEVITCH, *La personnalité juridique en droit privé romain*, Sirey, 1942) ou, pour le Moyen Âge, les communes, puis les corporations de métiers et finalement, à la Révolution, les sociétés de commerce (v. ainsi C. civ., art. 529, al. 1^{er}, qui distingue la propriété des associés de celle des sociétés). Sur cette évolution, v. R. SALEILLES, *op. cit.* (*supra*, note 100), 3^e à 13^e leçons, pp. 45-305 ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996, nos 66 à 70 bis, pp. 87-95.

(121) Lorsque du moins on s'attacha à théoriser les solutions du droit romain (v. *supra*, note 12).

(122) V. G. WICKER, art. préc. (*supra*, note 100), n° 22, p. 5 : « Parce que la personne morale procède de l'acte juridique constitutif du groupement, son organisation laisse admettre le jeu de la liberté contractuelle dans les limites que la loi lui assigne ».

(123) Dans le silence de la loi, la Cour de cassation a ainsi reconnu la personnalité juridique au comité d'établissement (Civ., 2^e sect., 28 janv. 1954, préc., *supra*, note 100), à la masse des créanciers (Com., 17 janv. 1956, D. 1956, p. 265, note R. Houin ; JCP 1956, II, 9601, note R. Granger), au comité de groupe (Soc., 23 janv. 1990, préc., *supra*, note 100) ou au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (Soc., 17 avril 1991, préc., *ibid.*). Ce fut également le cas des sociétés civiles, qui ont échappé à toute publicité jusqu'à la loi du 4 janvier 1978 (Req., 23 févr. 1891, DP 1891, I, p. 237 ; S. 1892, I, p. 73, note E. Meynial ; *Les grands arrêts jur. civ.*, préc. (*supra*, *ibid.*), n° 18). La loi elle-même peut l'affirmer : v. ainsi L. 88-227 du 11 mars 1988, art. 7, pour les partis politiques.

cette vocation n'a plus ici qu'une valeur toute relative⁽¹²⁴⁾ : elle n'est pas telle qu'elle puisse s'imposer au législateur, qui ne manque pas en la matière d'en régler l'octroi⁽¹²⁵⁾.

Le plus souvent, il conditionnera l'acquisition de la personnalité juridique à l'enregistrement de la personne morale⁽¹²⁶⁾, de façon à en pouvoir contrôler l'existence et la licéité des activités déclarées tout en en assurant la publicité à l'égard des tiers. Plus rarement, lorsque la personne morale pourrait présenter par nature quelque menace ou inconvénient⁽¹²⁷⁾, il subordonnera sa reconnaissance à son innocuité (congrégations religieuses) voire à l'intérêt particulier de son activité pour la collectivité (fondations), et retardera alors l'attribution de sa personnalité juridique à une autorisation administrative ou réglementaire⁽¹²⁸⁾. Exceptionnellement enfin, la personne morale se verra radicalement

Même en droit allemand, où la tradition porte pourtant à dénier la qualité de sujet de droit aux sociétés de personnes, on ne manque pas de relever à quel point, et de plus en plus, les prérogatives reconnues à ces groupements tendent à trahir une forme de personnalité inavouée. V. ainsi, et par exemple, la capacité octroyée par le code de commerce (*HGB*, § 124) aux sociétés en nom collectif (*OHG*) enregistrées. Pour un aperçu de la question, v. F. FERRAND, *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997, n° 726, pp. 696-698. Rapp. encore C. civ. italien, art. 2266 à 2268, pour la *società semplice*. Le même constat peut être fait, dans une moindre mesure, pour les *partnerships* de droit anglais, privés de personnalité juridique et néanmoins judiciairement capables (*Civil Procedure Rules*, rules 6.4 (5) et 6.5 (5)) et propriétaires des biens affectés à leur activité (*Partnership Act* 1890, sect. 20 (1)). Pour ce rapprochement comparé, v. B. DONDERO, *op. cit.* (*supra*, note 103), §§ LX à LXIII, pp. 52-55.

(124) Celle-là même qui fut longtemps celle de la personne physique (v. not. *infra*, n° 59 et s.) avant que le droit ne finisse par lui reconnaître l'absoluité de son aspiration (v. *supra*, n° 16, *in fine*, spéc. note 8). Faut-il y voir l'augure d'une même évolution à venir pour les personnes morales ?

(125) Rapp. en ce sens G. WICKER, *op. cit.* (*supra*, note 88), n° 214, pp. 204-205 : « l'existence de la personnalité juridique demeure en toute hypothèse sous la dépendance d'une attribution législative. De ce point de vue, l'idée de réalité permet donc seulement de contester, le cas échéant, l'opportunité, et non la légitimité, de décisions restrictives du législateur. » ; et « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », in *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, pp. 691-731, n° 17, p. 701 : « le législateur est pleinement dans son rôle lorsqu'il fixe des conditions de publicité pour l'octroi de la personnalité morale, et ces conditions, hors de toute fiction, permettent de comprendre ce que représente la personnalité morale pour le groupement qui en bénéficie. »

Pour cette raison, on pourra, si l'on veut, qualifier cette réalité de « technique », mais en se gardant alors du sens particulier que confère, depuis Michoud, la tradition doctrinale à cette expression, opposant la théorie de la « réalité technique », qui accorde la personnalité juridique au seul constat de l'existence d'un intérêt propre, à la théorie de la « réalité psychologique », fondée sur la reconnaissance d'une volonté autonome, et à celle de la « réalité sociologique », attachée pour sa part au critère de l'organisation (sur la pertinence comparée de ces différentes théories, v. déjà *supra*, n° 26, *in limine*).

(126) Qu'il s'agisse du dépôt des statuts en mairie pour les syndicats professionnels (C. trav., art. L. 411-3, L. 411-10 et R. 411-1, d'après Soc., 7 mai 1987, *Bull.*, V, n° 293 ; *Dr. soc.* 1989, p. 304, note J. Savatier ; et déjà, antérieurement, 2^e civ., 25 févr. 1965, *Dr. soc.* 1965, p. 508, note J. Savatier), de la déclaration de l'association en préfecture, préalable à sa publication constitutive au *Journal officiel* (L. 1^{er} juill. 1901, art. 5 et 6), ou de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés pour ces dernières (C. civ., art. 1842, et C. com., art. L. 210-6, al. 1^{er} ; C. civ., art. 1871) et les GIE (C. com., art. L. 251-4, al. 1^{er}) ou GEIE (C. com., art. L. 252-1). La formalité de l'enregistrement constitue ailleurs aussi la condition première de l'attribution de la personnalité juridique, que l'on regarde au-delà du Rhin (*GmbHG*, § 11 (1) ; *AktG*, § 41 (1)) ou de la Manche (*Companies Act* 1985, rule 13).

Le formalisme est à ce point abouti qu'une personne juridique pourrait être ainsi instituée en l'absence même de toute personnalité morale, au cas où celle faussement déclarée serait en réalité inexistante. Mais le principe de réalité imposera toujours de radier cette inscription erronée.

(127) L'hypothèse concernant notamment les fondations, qui constituent *de facto* autant de mainmortes prohibées, par soustraction des biens affectés au commerce juridique et économique, et les congrégations religieuses, susceptibles pour leur part de menacer l'autorité de l'État, ou d'être sujettes, plus généralement, aux éventuelles dérives sectaires.

(128) Au jour de la publication du décret octroyant « la reconnaissance légale » aux congrégations religieuses (L. 1^{er} juill. 1901, art. 13, al. 1^{er}, rédact. L. 8 avril 1942) ; au jour de l'entrée en vigueur du décret pris en Conseil d'État reconnaissant l'utilité publique de la fondation (CE, 20 mars 1908, *Rec.*, p. 238 ; puis L. 87-571 (*suite p. suiv.*)).

refuser tout accès à la personnalité juridique si l'intérêt général devait le commander⁽¹²⁹⁾, en particulier au cas où le groupement déclarerait ou mènerait une activité illicite. Jamais, semble-t-il, le législateur n'a toutefois refusé jusqu'alors la personnalité juridique à une personne morale avérée pour des raisons de pure opportunité.

Il lui arrive en revanche d'organiser un groupement de façon à lui interdire toute faculté d'expression collective et d'exclure ainsi *ab ovo*, par ce biais, l'existence de la personne morale elle-même. Lorsqu'il crée *ex nihilo* une forme nouvelle de groupement de façon à offrir aux intéressés le choix d'une structure non personnalisée en sus des personnes morales préexistantes, le législateur ne brime en rien leur volonté : si ceux-ci optent pour une indivision ou une copropriété plutôt que pour une forme sociale, c'est bien qu'ils auront refusé de soumettre leurs volontés individuelles à une volonté collective propre, laquelle, pour cette raison, n'existera jamais au-delà des premières⁽¹³⁰⁾. Dans cette hypothèse donc, aucune personne morale n'aura effectivement existé. Mais lorsque le législateur réorganise une forme de groupement jusqu'alors personnalisé en vue de lui interdire dorénavant toute possibilité d'exprimer une volonté propre, il contrarie singulièrement cette fois la réalité de la personnalité morale. Ici encore, cette négation devra se justifier d'un intérêt supérieur⁽¹³¹⁾.

du 23 juill. 1987, art. 18, al. 2), ou de la publication au *Journal officiel* de l'autorisation administrative pour la fondation d'entreprise (L. 87-571 du 23 juill. 1987, art. 19-1, rédact. L. 90-559 du 4 juill. 1990 – l'art. 19 précisant que la fondation d'entreprise doit poursuivre « la réalisation d'une œuvre d'intérêt général »).

(129) V. ainsi Civ., 2^e sect., 28 janv. 1954, préc. (*supra*, note 100), qui, tout en consacrant la réalité de la personne morale, précise que « le législateur a le pouvoir, dans un but de haute police, de priver de la personnalité civile telle catégorie déterminée de groupements ». Sur cette soustraction exceptionnelle de la personnalité juridique à la personne morale, v. *infra*, n° 66.

(130) La volonté collective exprimée par la majorité des membres d'un groupement non personnalisé, même imposée à la minorité (e.g. C. civ., art. 815-3), ne vaudra jamais plus que comme la simple addition des volontés particulières. Et il n'en va pas autrement pour la copropriété des immeubles bâtis : si la volonté de chaque copropriétaire se trouve soumise à la volonté collective, ce n'est pas celle de la copropriété qui s'exprime, mais celle de la personne morale que constitue le syndicat des copropriétaires. Comp. l'autonomie de la volonté de la personne morale, *supra*, n° 26, spéc. note 105.

On visera spécialement ici les fonds communs de placement en valeurs mobilières (C. mon. et fin., art. L. 214-20, al. 1^{er}, rédact. L. 79-594 du 13 juill. 1979 et L. 88-1201 du 23 déc. 1988) ou de créances (art. L. 214-43, al. 1 et 2, rédact. L. 88-1201 du 23 déc. 1988) et les fonds de placement immobilier (art. L. 214-130, rédact. ord. 2005-1278 du 13 oct. 2005), institués comme copropriétés en vue d'offrir aux investisseurs une structure qui, au contraire des Sicav dotées de la personnalité juridique, leur octroie un véritable droit réel sur l'actif tout en évitant la double imposition fiscale qu'aurait pu induire l'écran de la personne morale.

(131) Celui, en particulier, des entreprises en difficulté, pour lesquelles le législateur a fini par prendre nettement parti, contre celui de la masse des créanciers (L. 85-98 du 25 janv. 1985). V. ainsi l'ordre significativement adopté dans sa disposition liminaire (C. com., art. L. 620-1 anc., al. 1^{er}) et confirmé à la même place par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005. Pour révoquer en conséquence la personnalité juridique de la masse (constatée en premier lieu par Com., 17 janv. 1956, *D.* 1956, p. 265, note R. Houin ; *JCP* 1956, II, 9601, note R. Granger), et opérer de cette façon la dévolution de son actif au patrimoine du débiteur (aujourd'hui art. L. 622-20, al. 3, art. L. 632-4, *in fine*, et art. L. 651-2, al. 3) ainsi que, incidemment, la suppression de son hypothèque légale sur les immeubles de celui-ci (v. rép. min., *JOAN*, 16 oct. 1984, pp. 4709-4710), la loi ne s'est pas contentée de nier purement et simplement sa qualité de sujet de droit : elle lui a retiré l'attribut caractéristique de la personnalité en substituant les organes représentatifs que constituaient l'assemblée des créanciers et le syndic par l'institution du représentant des créanciers (C. com., art. L. 621-39 anc., devenu « mandataire judiciaire », art. L. 622-20, al. 1^{er}, rédact. L. 2005-845 du 26 juill. 2005). Ce faisant, la loi réduisait au silence celle qu'elle avait hier reconnue. Quoique la masse disparue, ce sont à présent des « comités de créanciers » qui paraissent, à qui sont présentées des propositions de plan et qui,

(suite p. suiv.)

Ailleurs, il pourra, en organisant un groupement nouveau, créer dans le même temps les conditions nécessaires à l'existence de la personne morale, de telle façon que fiction et réalité se confondent alors. En permettant, par exemple, à une collectivité territoriale nouvelle de s'exprimer, le législateur va par là même faire naître une volonté de groupe qui serait probablement demeurée inexistante sans son intervention⁽¹³²⁾. Créée par l'effet de la loi, mais néanmoins véritable, la personnalité morale du groupement justifiera en un tel cas la personnalité juridique qui lui sera simultanément conférée.

Enfin, de même que la loi peut refuser la personnalité juridique à une personne morale avérée⁽¹³³⁾, elle l'attribuera parfois, à l'inverse, à une simple entité, dépourvue de toute volonté propre⁽¹³⁴⁾, pour conférer en réalité, ce faisant, une double personnalité juridique à une même personne physique ou morale⁽¹³⁵⁾. Si la solution consistant à allouer un patrimoine spécifique à une activité économique distincte est très certainement opportune, on peut douter qu'il fût pour cela nécessaire de méconnaître à ce point les tenants de la personnalité morale. On n'a certes pas manqué, pour justifier de l'adoption de la « société unipersonnelle »⁽¹³⁶⁾ en droit français, de souligner l'adéquation de son régime juridique, comparé à celui de l'entreprise individuelle non personnalisée : la séparation des patrimoines d'une part, et, par là, la limitation de la responsabilité de l'associé unique ; la meilleure transmissibilité de l'entreprise d'autre part, du fait de sa représentation en parts sociales, à laquelle s'associe sa mutabilité naturelle en société pluripersonnelle. Mais rien

en fonction, prennent à la majorité qualifiée des décisions s'imposant à l'ensemble de leurs membres (C. com., art. L. 626-30, L. 626-31 et L. 631-1, rédact. L. 2005-845 du 26 juill. 2005). La masse des obligataires, quant à elle, dispose bien de la personnalité juridique (C. com., art. L. 228-46, al. 1^{er}), laquelle a été également conférée à la masse des actionnaires à terme (art. L. 228-103, rédact. ord. 2004-604 du 24 juin 2004).

(132) Si la volonté collective des membres d'une commune n'a jamais fait plus de mystère que celle de la nation constituant l'État, on peut penser qu'aucun sentiment d'identité ne menait quelque volonté collective que ce fût entre les habitants d'un même département avant que la loi ne crée cette circonscription nouvelle pour la doter d'un Conseil général (loi du 15 janv. et 16 févr. 1790). Mais puisque, depuis lors, la volonté du département s'exprime, l'existence de sa personnalité morale, et donc juridique, est devenue indiscutable.

(133) V. *supra*, *ead. num.*

(134) L. 85-697 du 11 juill. 1985 (C. civ., art. 1832, modif. ; C. com., art. L. 223-1 ; C. rur., art. L. 324-1) instituant l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) et l'exploitation agricole à responsabilité limitée (EARL), elle aussi unipersonnelle ; L. 99-587 du 12 juill. 1999, art. 3 (C. com., art. L. 227-1), pour la société par actions simplifiée à associé unique (SASU) ; règl. UE n° 2157/2001 du 8 oct. 2001, art. 3 (2), puis L. 2005-842 du 26 juill. 2005, art. 11 (C. com., art. L. 229-6), organisant la société européenne unipersonnelle (SEU).

(135) Pour cette analyse, v. par ex. Ch. FREYRIA, « La personnalité morale à la dérive », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, pp. 121-130, spéc. p. 124. On peut certes admettre qu'une même personne puisse poursuivre des intérêts multiples et divers, qui l'autoriseront, par exemple, à contracter en des qualités distinctes ; mais chaque fois qu'elle le fera, elle n'exprimera jamais qu'une seule et même volonté – la sienne – quand bien même y substituerait-on celle d'un tiers ainsi représenté : il est proprement inconcevable qu'une même personne, saine d'esprit, puisse être habitée par deux volontés. Et il ne peut être question de revenir pour autant ici au critère tiré de l'intérêt, que l'on a écarté au profit du critère volontariste (v. *supra*, n° 26, spéc. note 103) : on ne saurait concevoir en effet de créer autant de personnes morales que d'intérêts poursuivis, même durablement. Il suffit du reste de se rappeler que les sociétés à associé unique ont été justement instituées en vue de suppléer l'absence de personnalité juridique de l'entreprise individuelle, laquelle, constituant une activité économique distincte, poursuit bien un intérêt propre.

(136) Sur l'incongruité de cette appellation, v. *supra*, n° 26, note 113. Parler de *société* est même doublement inconséquent, car s'il ne s'agit pas ici d'un groupement, il ne s'agit pas non plus d'un contrat, ce que reste avant tout une société.

n'interdisait d'instituer à ces mêmes fins un patrimoine d'affectation représenté par des parts mobilières⁽¹³⁷⁾. On a gagné en simplicité ce que l'on a perdu en rigueur juridique, la réalité de la personne morale le cédant nettement ici à la fiction d'une personnalité octroyée en pure opportunité.

Encore serait-il peut-être plus juste de reconnaître que le législateur a en définitive pris acte du peu de certitudes dont le droit enceint la notion de personnalité morale pour s'autoriser, dans le doute, à la modeler aux fins les plus utiles. La solution n'est du reste peut-être pas aussi rétive qu'annoncée à toute intégration rationnelle dans le système juridique. On ne laisse pas de constater en effet la vocation de ces « sociétés unipersonnelles » à devenir pluripersonnelles : l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée s'analyse juridiquement comme une société à responsabilité limitée réduite à un associé, de même que la société par actions simplifiée à associé unique et la société européenne unipersonnelle se posent comme des formes dérivées et anormales de la société par actions simplifiée et de la société européenne. Conférer la personnalité juridique à ces entreprises en réalité dénuées de personnalité morale relève par conséquent d'un pari sur l'avenir : parce qu'elles ont vocation à accueillir d'autres associés et à constituer effectivement dès lors de véritables personnes morales, la loi permettra au premier d'entre eux d'obtenir pour son entreprise l'attribution, par anticipation, de la personnalité juridique. Il y a fiction, parce que, en acte, une entreprise ainsi dotée pourrait toujours rester unipersonnelle ; mais il y a réalité, parce que ces entreprises sont des personnes morales en puissance.

Par où l'on voit que la personnalité juridique des personnes morales ne leur est pas consubstantielle au point de prévaloir en toute hypothèse. Elle s'y joindra dans le silence de la loi, par nature plutôt que par essence. Néanmoins, sa vocation naturelle paraît assez prééminente pour s'imposer à quelque disposition prise en pure opportunité qui prétendrait lui dénier à ce seul titre sa qualité de sujet de droit ; seul un intérêt supérieur pourra justifier une telle réification. Quant aux dispositions conférant, à l'inverse, la personnalité juridique à défaut de toute personne morale véritable, à le considérer, elles ne porteraient jamais atteinte qu'à la théorie de la personnalité morale plutôt qu'à la personne morale elle-même, par hypothèse inexistante.

(137) Ainsi que le législateur a pu le décider pour les fonds communs de placement et les fonds communs de créances, déjà mentionnés (v. *supra*, note 130). De ce point de vue, il apparaît clairement que les fonds communs constituent autant de patrimoines d'affectation. En ce sens, v. not. Th. BONNEAU, « Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances et le droit civil », *RTD civ.* 1991, pp. 1-48, spéc. nos 45 à 54, pp. 25-29 ; M. STORCK, « De la nature juridique des fonds communs de placement », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubaux*, LGDJ, 2009, pp. 509-524. Le patrimoine d'affectation a du reste paru depuis en plein jour avec l'introduction en droit français de la fiducie par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007. V. ainsi C. civ., art. 2011 : « La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens [...] à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires. » Si bien que l'Avant-projet de réforme du droit des biens remis le 31 octobre 2008 par l'Association Henri Capitant a finalement pu proposer de reconnaître cette possibilité de déroger au principe d'unicité du patrimoine (C. civ., art. 519, al. 2, proj.).

Certes, la personne juridique jouit en outre de droits extra-patrimoniaux, mais cet autre attribut ne paraît pas avoir déterminé le choix du législateur pour la forme sociale.

On doit donc tirer cette conséquence qu'un contrat pourrait être prétendument conclu avec une personne morale dépourvue de personnalité juridique, et cependant, pour cette raison, être privé de toute existence. À plus forte raison la solution vaudra-t-elle au cas où la personne morale n'existerait même pas. L'inexistence du contrat trouvera ainsi sa source dans celle du contractant.

B - L'INEXISTENCE DU CONTRACTANT

28. Le consentement d'un représentant – Si l'on ne conçoit pas qu'une personne parfaitement inexistante puisse exprimer directement quelque consentement que ce soit, à défaut de toute volonté, on peut fort bien imaginer qu'un tiers prétende contracter au nom ou pour le compte d'une personne en réalité pas même conçue. Il faudra distinguer en ce cas selon qu'il la représente comme auteur (1) ou comme destinataire de l'offre (2).

1. L'inexistence de l'auteur de l'offre

29. Une personne attendue – Absolument inexistante au jour de l'émission de l'offre par son prétendu représentant, la personne du pollicitant pourrait cependant émerger, même sous condition, avant toute réponse du destinataire. La question sera bien ici de déterminer par conséquent si, au jour de l'acceptation, l'auteur représenté est apparu (a) ou non (b) au monde du droit.

a. Le pollicitant incr   au jour de l'offre

30. L'offre émise pour une personne physique non conçue – La personne physique non conçue n'est encore qu'une personne future et éventuelle⁽¹³⁸⁾, et celui qui prétendrait la représenter n'aurait aucun titre à ce faire, quand bien même ferait-il valoir quelque « *projet parental* ». L'offre de contrat qu'il émettrait comme telle au nom de la personne incréée pourrait bien exister en fait, elle demeurerait parfaitement inefficace en droit, nulle par sa source même⁽¹³⁹⁾.

Pour autant exprimée, on réputera la volonté contractuelle maintenue pour le jour où elle pourra valoir⁽¹⁴⁰⁾, au cas donc où le représenté viendrait à être conçu dans le délai de

(138) Au sens commun, lequel ne distingue pas l'éventualité de la simple expectative.

(139) Pour un autre exemple d'une volition nulle par sa source plutôt que par son seul objet, v. *infra*, né 94, *in limine*, à propos de la volonté émise par un enfant encore dépourvu de toute conscience juridique.

(140) La libre révocabilité de l'offre autoriserait déjà à déduire cette volonté du silence gardé par le représentant : s'il n'a pas rétracté sa volonté, alors il est réputé l'avoir maintenue. Mais la solution se tire plus généralement même du principe selon lequel toute volonté déclarée est réputée demeurer constante après sa déclaration (sur quoi, v. *supra*, né 125, *in medio*, spéc. note 123). Comp. lorsque la volition exprimée l'a été par l'enfant lui-même ou par une personne mentalement aliénée, *infra*, né 97, spéc. note 72, et né 109, spéc. note 141.

validité de cette offre initiale⁽¹⁴¹⁾. À cette date, le représentant légal⁽¹⁴²⁾ acquerra son titre et pourra valablement stipuler au nom du *nasciturus*⁽¹⁴³⁾. Que l'acceptation du destinataire intervienne encore dans ce même délai, et le contrat se formera avec la personne désormais conçue, même conditionné à sa naissance⁽¹⁴⁴⁾.

Il importera peu à cet égard que le représentant ait connu ou ignoré l'inexistence du représenté au jour de l'offre : s'il l'avait connue, on en déduira logiquement, pour prêter un effet utile – et donc rationnel – à la volonté exprimée, qu'il a stipulé pour le temps où l'offre deviendrait efficace, c'est-à-dire pour le jour de la conception de l'enfant ; et s'il l'a ignorée – car on peut croire par erreur à une grossesse – alors sa volonté juridique est de ce seul fait établie. Surtout, la méprise du représentant n'a jamais d'effet qu'autant qu'elle peut valoir pour le représenté, dont on exprime la volonté⁽¹⁴⁵⁾ ; or, il est inconcevable que le représenté puisse se méprendre sur la condition même de sa propre existence⁽¹⁴⁶⁾. Réciproquement, l'état de conscience du destinataire de l'offre à cet égard n'est pas plus déterminant : il pourrait avoir connu ou ignoré l'inexistence de l'enfant au jour de l'offre, seul importera pour lui et le contrat, et sauf preuve contraire, que son cocontractant soit conçu au jour de son acceptation. Mieux, de son point de vue, il ne sera pas même nécessaire qu'un représentant soit effectivement intervenu au nom de la personne future : il lui suffira d'avoir cru à l'existence de l'offre et de son pollicitant pour que, ce dernier finalement conçu, son acceptation forme seule le contrat⁽¹⁴⁷⁾.

31. L'offre émise pour une personne morale non organisée – La personne morale pas même organisée est absolument inexistante : elle est aussi future et éventuelle que le serait une personne physique non encore conçue. Aucune offre ne pourrait être juridiquement émise en son nom et nul ne pourrait prétendre la représenter directement à cette fin.

Mais on admettra ici encore que, à défaut de rétractation, la volition, émise en fait, soit maintenue pour le jour où s'organisera la personne morale⁽¹⁴⁸⁾. À cette date⁽¹⁴⁹⁾, la volonté

(141) Délai stipulé ou, à défaut, présumé avoir été voulu simplement raisonnable. Certes, le délai de validité stipulé était aussi nul que l'offre initiale mais, compris dans la volonté exprimée par le représentant, il recouvrera toute sa valeur juridique lorsque le droit reconnaîtra finalement celle de l'offre.

(142) Nul autre n'est reçu à contracter au nom d'un enfant à naître et, plus généralement, privé de tout discernement.

(143) Pour l'admission de la représentation légale prénatale, v. *infra*, n° 42, spéc. note 218.

(144) Sur le jeu de cette condition, v. spéc. *infra*, n° 45 et s.

(145) De même que l'on n'a jamais égard qu'à la capacité du représenté, et non à celle du représentant.

(146) Rapp. l'ignorance du représentant quant à l'imperfection du représenté, *infra*, n° 47, spéc. note 241, ou à sa disparition, *infra*, n° 75, spéc. note 467.

(147) Sur le jeu de l'offre apparente, v. *infra*, nos 173 et 229 et s.

(148) V. *supra*, n° 30, *in limine*, spéc. note 140.

(149) C'est-à-dire au jour de la convention des parties, même antérieure à la rédaction des statuts, et à condition de pouvoir l'établir. Sur cette antériorité éventuelle du contrat de société sur la rédaction des statuts, v. par ex. G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, par M. Germain, 18^e éd., LGDJ, 2002, n° 1058, p. 47 ; R. BESNARD GOUDET, *in J.-Cl. Sociétés*, fasc. 27-10, (suite p. suiv.)

antérieurement exprimée pourra finalement valoir sur la tête du représenté et autorisera le destinataire à s'y accorder dans le délai initialement imparti. Tout un chacun aura ainsi pu stipuler pour le compte d'une personne morale future : à défaut de rapport de filiation, la loi ne limite pas ce pouvoir aux seuls membres confortés de la personne morale finalement constituée⁽¹⁵⁰⁾.

L'acceptation du tiers destinataire formera dès lors le contrat avec la personne morale, c'est-à-dire précisément avec elle si elle devait acquérir de plein droit la qualité de sujet de droit, ou sur la tête de ses membres seulement à défaut de personnalité juridique immédiatement acquise⁽¹⁵¹⁾. Et l'ignorance, soufferte par le représentant ou le destinataire, de l'inexistence, au jour de l'offre, de la personne morale contractante ne changera rien à cette solution⁽¹⁵²⁾.

Le contrat échappera donc à l'inexistence si la personne du pollicitant devait paraître avant l'acceptation de l'offre émise en son nom. La sanction s'imposera par contre en principe si ce même pollicitant devait rester incréé au jour de l'acceptation.

b. Le pollicitant incréé au jour de l'acceptation

32. L'acceptation retournée à une personne physique non conçue – À défaut pour la personne du pollicitant d'exister, même sous forme conditionnelle, au jour de l'acceptation, celle-ci ne formera aucun contrat. Et la croyance, même légitime, de l'acceptant sera à ce stade impuissante : si elle peut pallier l'absence d'offre véritable⁽¹⁵³⁾, elle ne saurait opposer un contrat à une personne inexistante⁽¹⁵⁴⁾.

Il en ira toutefois autrement si le représentant n'avait pas agi au nom et pour le compte de la personne future, mais en son nom propre, stipulant seulement pour le compte du

« Constitution des sociétés », 2004, n° 12, p. 5, n° 55, p. 14, et nos 68 à 71, pp. 17-18 ; D. PLANTAMP, « Le point de départ de la période de formation des sociétés commerciales », *RTD com.* 1994, pp. 1-19.

(150) Comp. lorsque la personne anticipée est physique, *supra*, n° 30, spéc. note 142.

(151) Sur ce point, v. *infra*, n° 48.

(152) V. *supra*, n° 30, *in fine*. Un tiers pourrait être en effet mandaté par un groupement qu'il aura pris pour une personne morale, en réalité inexistante (*e.g.* l'indivision qui se ferait passer pour société). On admettra à plus forte raison que le tiers simple destinataire de l'offre puisse commettre la même erreur.

(153) V. *infra*, n° 229 et s.

(154) Mais une fois le représenté conçu, il pourra réitérer son acceptation et former alors le contrat, sous condition suspensive de la naissance à venir. Il le pourra tant du moins que cette réitération interviendra encore dans le délai de validité initialement attaché à l'offre et que le représentant n'aura pas entre-temps rétracté sa volonté trop tôt exprimée, soit qu'il ait continué à ignorer le vice de sa proposition, soit qu'il l'ait au contraire toujours connu, soit enfin qu'il l'ait depuis découvert sans avoir pour autant cherché à la retirer. Plus encore, il est possible de présumer que le consentement précocement déclaré par l'acceptant perdure, en l'absence de rétractation ultérieure, jusqu'au jour de la conception, quelle que soit ici encore la connaissance que celui-ci aura pu avoir de l'inefficacité de son acceptation : même s'il apprendrait tardivement l'inexistence du contrat, il lui serait toujours loisible de retirer une volonté qui n'aura jamais porté, faute de quoi on la réputera maintenue. Sur le principe de l'effet retardé d'une acceptation nulle, v. *infra*, n° 239, spéc. note 942. De sorte que, cette présomption jointe à une proposition censée survivre elle aussi pour le temps de la conception (v. *supra*, n° 30, spéc. note 140), ce seul événement permettra aux deux volontés trop tôt émises de se rencontrer enfin pour former tacitement le contrat anticipé.

représenté. Par cette forme de représentation, imparfaite⁽¹⁵⁵⁾, la personne du représenté n'intervient plus directement comme partie au contrat, mais comme bénéficiaire éventuel de la stipulation d'autres parties⁽¹⁵⁶⁾ ; celles-ci lui octroient un droit, soumis à sa ratification, pour le jour où elle apparaîtra. On reconnaît là la figure de la stipulation pour autrui, qui se pose précisément comme exception à la pseudo-prohibition de la représentation imparfaite⁽¹⁵⁷⁾. En ce cas donc, l'acceptant formera un contrat pour le compte d'une personne future⁽¹⁵⁸⁾, et celle-ci, une fois conçue, devra ratifier l'accord pour s'en prévaloir. Cette ratification, qui pourra ainsi intervenir par la voix du même représentant⁽¹⁵⁹⁾, sera encore, le cas échéant, soumise à la condition suspensive de la naissance du bénéficiaire⁽¹⁶⁰⁾.

En attendant l'apparition du bénéficiaire, le droit contractuellement constitué demeurera donc simplement éventuel, ou hypothétique, à l'image de la personnalité du représenté⁽¹⁶¹⁾. Ce dernier conçu, le droit éventuel deviendra à son tour conditionnel, et la ratification ultérieure rétroagira au jour de la conception⁽¹⁶²⁾, plutôt que pour le temps encore antérieur de la pure éventualité.

33. L'acceptation retournée à une personne morale non organisée – Si l'être moral devait rester aussi absolument incréé au jour de l'acceptation qu'il l'était au jour de

(155) Parfois dite aussi *indirecte* (v. not. PDEC, art. 3:102 (2)). Peu importe à cet égard que l'accord du représenté n'ait pas encore été obtenu : le pouvoir de représentation imparfaite sera simplement conditionnel, soumis à la ratification du bénéficiaire (alors que le pouvoir de représentation parfaite, faute d'opacité de l'intermédiaire, ne peut être que pur et simple : la prétendue ratification apportée ultérieurement par le représenté serait en réalité l'acceptation d'une offre demeurée à l'état précontractuel). Si l'accord du bénéficiaire imparfaitement représenté avait déjà été obtenu *a priori*, il l'aurait été par un contrat de commission (v. par ex. au cas de disparition du contractant, *infra*, n° 75).

(156) Et le représentant deviendra en ce cas pollicitant, en même temps que le représenté passera pour tiers bénéficiaire.

(157) C. civ., art. 1119 et 1121. La stipulation pour autrui pourra aussi bien prendre la forme d'une promesse de porte-fort (art. 1120), dans la mesure du moins où le représentant de l'enfant finalement conçu serait susceptible de ne plus être le porte-fort lui-même.

(158) Si l'acceptant avait toutefois méconnu l'intention du pollicitant de contracter pour le compte d'un tiers à paraître, le représentant serait personnellement et seul engagé, quelle que fût sa volonté véritable, du jeu de la théorie de l'apparence : v. *infra*, n° 173, spéc. note 464.

(159) Le représentant pourrait ratifier à tout moment, une fois le représenté conçu. Avant cette date, sa ratification, qui ne peut intervenir qu'au nom du représenté, serait aussi inexistante que ce dernier.

(160) On trouve précisément dans ce mécanisme celui par lequel sera constituée une assurance-vie au bénéfice d'un tiers non encore conçu, sous la seule condition qu'il le soit au jour du décès de l'assuré (C. assur., art. L. 132-8, al. 3). C'est aussi, plus généralement, celui de la gestion d'affaire : un gérant, quel qu'il soit, peut être conduit à contracter en son nom propre mais pour le compte – futur – d'un maître pas encore conçu ; si l'acte est utile, la ratification sera même superflue et la relation demeurera quasi-contractuelle (C. civ., art. 1372 à 1375). On rapprochera de ces figures contractuelles ou quasi-contractuelles celle de l'engagement par volonté unilatérale, par laquelle on concevra de s'engager personnellement et irrévocablement pour le temps où le bénéficiaire viendrait à paraître, sous la même réserve de sa ratification. Ce n'est qu'au cas de legs que le Code civil prohibe comme mainmorte l'engagement qui, dans l'attente de la conception du bénéficiaire, dépasserait la survie du gratifiant (C. civ., art. 906, al. 2). Sur ces exemples, v. not. L. SÉBAG, *op. cit.* (*supra*, note 67), pp. 210-215.

(161) V. ainsi R. DEMOGUE, « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *RTD civ.* 1905, pp. 723-791, spéc. pp. 786-787. Pour d'autres hypothèses de droits éventuels, v. *infra*, n° 290, *in medio*, spéc. note 193, où c'est la volonté qui reste hypothétique, ou encore n° 337, *in limine*, où c'est l'objet du contrat qui est futur et incertain. Sur ces illustrations, v. égal. L. SÉBAG, *op. cit.* (*supra*, note 67), pp. 206-207.

(162) Sur la détermination de cette date, v. *supra*, n° 23, *in fine*.

l'offre, le contrat prétendument conclu sur sa tête demeurerait parfaitement inexistant, faute de contractant. L'acceptant devrait, pour former le contrat proposé, réitérer sa volonté après constitution de la personne morale représentée⁽¹⁶³⁾.

Plutôt que d'intervenir vainement au nom d'une personne hypothétique, l'intermédiaire aura cependant pu préférer contracter en son nom propre, pour le compte de la personne morale à venir⁽¹⁶⁴⁾, de façon à fixer les droits et obligations éventuels de celle-ci⁽¹⁶⁵⁾. Stipulant pour le seul compte d'autrui, il ne devrait pas plus s'obliger qu'en cas de représentation parfaite à exécuter l'engagement convenu si la ratification ultérieure du représenté ne devait jamais intervenir⁽¹⁶⁶⁾ ; mais la solution est par exception contraire en toute matière économique, où l'on présumera que les parties s'engageant en connaissance de cause pour le compte d'une personne encore inexistante auront aussi entendu contracter, dans l'attente, pour le compte de l'intermédiaire⁽¹⁶⁷⁾. La ratification pourra être donnée au jour de l'attribution de la qualité de sujet de droit à la personne morale, voire, dès avant, au cours de sa période de formation. Pure et simple dans le premier cas, la ratification sera encore conditionnée dans le second à l'acquisition de la personnalité juridique. En toute hypothèse, elle rétroagira au jour premier de l'organisation de la personne morale, insusceptible de valoir plus avant pour une période où la personne morale n'existait encore qu'à l'état de projet⁽¹⁶⁸⁾.

Seul le mécanisme de la représentation imparfaite permettra ainsi de sauver un contrat autrement condamné à la même inexistence que celle de son pollicitant. Ce palliatif pourrait toutefois s'avérer bien moins efficace au cas d'inexistence du destinataire de l'offre.

(163) Rappr. *supra*, n° 32, note 154.

(164) La présomption est même cette fois en ce sens, v. *infra*, n° 50, spéc. notes 275 et 276.

(165) Rappr. avec le mécanisme de la représentation imparfaite de la personne physique, *supra*, n° 32. Aucun principe logique ne devrait interdire au représentant de constituer des obligations aussi bien que des droits sur la tête du représenté, dès lors que l'on fait de la volonté de ce dernier une condition de son engagement. V. ainsi pour le contrat de transport, qui ouvre au transporteur une action contractuelle en paiement du port dû contre le destinataire qui aura accepté la livraison au jour de celle-ci (avant L. 98-69 du 6 févr. 1998, C. com., art. L. 132-8) : Civ., 1^{re} sect., 1^{er} févr. 1955, *D.* 1955, p. 338 ; Com., 6 oct. 1992, *Bull.*, IV, n° 300. Du reste, la question n'est pas même discutée lorsqu'il s'agit de représenter une personne morale en formation (v. *infra*, n°s 48 et 50).

(166) De la même façon que, se portant fort, il ne s'obligerait qu'à réparer le préjudice souffert par le cocontractant au cas d'absence de ratification, voire d'inexécution, et non à se substituer dans l'exécution attendue du représenté : le porte-fort n'est pas caution. En ce sens : Com., 22 juill. 1986, *RTD civ.* 1987, p. 306, obs. J. Mestre. *Contra* cep., au sujet d'une garantie de bonne fin : Com., 13 déc. 2005, *Bull.*, IV, n° 256 ; *D.* 2006, AJ, p. 298, obs. X. Delpech, qui conclut à l'assimilation du porte-fort à une caution ; *JCP* 2006, II, 10021, 2^e esp., note crit. Ph. Simler ; *CCC* 2006, n° 23, note L. Leveneur.

(167) V. *infra*, n° 50, spéc. note 273.

(168) Sur la procédure de reprise, v. *infra*, n° 48.

2. L'inexistence du destinataire de l'offre

34. Un message non reçu – Au cas inverse où l'offre aurait été émise par une personne certaine à l'adresse d'une personne future et éventuelle, il faudra à nouveau distinguer selon que le destinataire ne fut créé qu'au jour de l'offre (a), ou qu'il l'était encore au jour de l'acceptation par son représentant (b).

a. Le destinataire créé au jour de l'offre

35. L'offre adressée à une personne physique non conçue – L'existence du destinataire n'est pas une condition d'existence de l'offre, qui aura bien été émise par le pollicitant. Elle en sera toutefois une condition de validité : son objet étant d'ouvrir une faculté d'acceptation pour permettre la formation d'un contrat, l'offre émise à l'adresse d'une personne inexistante sera nulle pour objet matériellement impossible⁽¹⁶⁹⁾. Mais de même que l'offre nulle par sa source pouvait reparaître au jour de la conception de l'enfant représenté⁽¹⁷⁰⁾, on admettra que l'offre nulle par son objet soit réputée maintenue, dans les mêmes termes, pour le jour où elle deviendrait valable⁽¹⁷¹⁾. De sorte que le père ou la mère pourront, dès le début de la grossesse, accepter, au nom de l'enfant désormais conçu, l'offre qui lui aurait été adressée trop tôt. Peu importera en ce cas que le pollicitant ait connu ou ignoré l'inexistence de son destinataire : il suffira que ce dernier soit conçu au jour de l'acceptation, et que celle-ci intervienne dans le délai de validité de l'offre, pour que le contrat soit conclu, même sous condition de la naissance à venir. Et aucune autre apparence ne pourrait être à son tour opposée par le représentant acceptant au nom de l'enfant conçu⁽¹⁷²⁾.

36. L'offre adressée à une personne morale non organisée – Nulle avant la conception de la personne physique, l'offre adressée à une personne morale encore non organisée serait pareillement inefficace. La volition réputée néanmoins maintenue, à défaut de rétractation, l'offre sera susceptible d'être acceptée dans son délai dès l'organisation conventionnelle de la personne morale⁽¹⁷³⁾. Le contrat ainsi formé le serait de façon pure et simple si la personne morale devait être immédiatement dotée, de plein droit, de la

(169) Puisque l'objet de l'offre est de permettre à son destinataire de conclure l'accord, et que ce destinataire n'existe pas. Rappr. le cas de l'offre adressée à une personne morale dissoute, *infra*, n° 81, spéc. note 543.

(170) V. *supra*, n° 30, spéc. note 140.

(171) Rappr. auteurs cités *infra*, note 173, pour l'offre adressée à une personne morale encore inexistante.

(172) V. *supra*, n° 30, spéc. note 146.

(173) Pour l'admission de ce mécanisme, v. H. SOULEAU, *L'acte de fondation en droit privé français*, th. Paris, 1969, n° 206 et s., puis J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil – Les libéralités*, A. Colin, 1982, n° 378, pp. 248-249, et M. GRIMALDI, *Droit civil – Libéralités - Partages d'ascendants*, Litec, 2000, n° 1711, p. 523, qui estiment même qu'une offre de donation entre vifs peut être valablement émise avant la création de son destinataire (spéc. au sujet de l'affectation de biens à une fondation non encore dotée de la personnalité juridique, et pas même existante sous condition de sa reconnaissance, à défaut précisément de toute affectation constitutive).

personnalité juridique⁽¹⁷⁴⁾ ; il resterait au contraire subordonné à la condition suspensive de cette dotation si la personne morale devait passer, comme le plus souvent, par une période constitutive. Et ici encore, l'ignorance du tiers pollicitant, comme du représentant, demeurerait parfaitement indifférente : seul importera, *in fine*, que la personne morale destinataire fût au moins en formation au jour de son acceptation et que celle-ci soit intervenue dans le délai initialement imparti.

Le contrat ne serait donc inexistant qu'au cas contraire où le destinataire de l'offre resterait toujours incrée au jour de l'acceptation retournée en son nom.

b. Le destinataire incrée au jour de l'acceptation

37. L'offre acceptée pour une personne physique non conçue – Celui qui prétendrait accepter au nom d'une personne physique pas même conçue le ferait sans aucun titre : à défaut pour la personne du destinataire d'avoir existé à cette date, même sous condition, aucune acceptation ne pouvait être émise en son nom⁽¹⁷⁵⁾. Nulle en droit, l'acceptation n'aura donc emporté aucun effet sur l'offre, qui demeurera le temps de son délai de validité. Il en résulte que le représentant légal pourrait encore accepter par la suite, après une vaine et précoce tentative, au cas où la personne du représenté viendrait à poindre dans ce même délai⁽¹⁷⁶⁾.

L'offre pourrait toutefois être acceptée par le représentant en son propre nom, pour le compte de l'enfant resté incrée ; on trouverait dans cette hypothèse, on l'a vu, la figure de la stipulation pour autrui⁽¹⁷⁷⁾. Mais il n'est admis à convenir de cette stipulation qu'autant qu'elle correspond à la volonté exprimée par le pollicitant : acceptant en son nom propre une offre destinée à la seule personne du représenté, le représentant ne conclurait en réalité aucun contrat⁽¹⁷⁸⁾. Au cas donc où le pollicitant aurait simplement adressé son offre à une personne encore future et éventuelle, aucun représentant ne pourrait l'accepter, ni au nom ni pour le seul compte du destinataire, à défaut pour ce dernier de paraître à temps. De sorte que, *ultime*, le contrat qui aurait ainsi été prétendument conclu demeurerait inexistant.

(174) Pour des exemples, v. *supra*, n° 27, spéc. note 123.

(175) C. civ., art. 906, al. 1^{er}. V. ainsi R. LALOU, *Étude de la maxime Infans conceptus pro nato habetur en droit français*, th. Paris, 1904, p. 88 : « Parmi les libéralités adressées à des incapables, les unes, d'après la doctrine, doivent être regardées comme nulles, et d'autres comme simplement annulables suivant le caractère des incapacités au mépris desquelles elles ont été faites. Mais nous allons plus loin, et nous disons que, dans certains cas, ces libéralités demeurent de plein droit inexistantes. Ainsi en est-il quand l'être à qui elles sont adressées n'a lui-même d'existence que dans l'imagination ou dans le désir de celui qui voudrait le gratifier. Un bienfait quelconque se perdrait si on ne trouvait point une tête sur qui l'appliquer : il tomberait à vide et dans le néant. »

(176) Et ici encore, son silence suffira à la réitération : une acceptation qui n'a formé aucun contrat, même nul, demeure essentiellement révocable ; il faut donc en inférer que le silence ultérieur vaudra absence de rétractation et, par là, maintien d'une volonté réputée constante (rapp. *supra*, n° 32, note 154).

(177) V. *supra*, n° 32.

(178) V. *infra*, n° 260. Seule sa croyance légitime pourra lui permettre d'opposer en ce cas le contrat au pollicitant, s'il avait cru l'offre lui être personnellement adressée (v. *infra*, n° 173). Comp. lorsque le représentant est pollicitant, et qu'il détermine lui-même alors les conditions de son offre (*supra*, n° 32, *in medio*).

38. L'offre acceptée pour une personne morale non organisée – L'acceptation donnée au nom d'une personne morale restée à l'état de projet, et n'ayant donc pas même fait l'objet de quelque organisation statutaire, demeurera parfaitement inefficace : le contrat qui aurait été prétendument conclu sera ici encore inexistant, faute d'acceptant. Cette acceptation devra être renouvelée du jour où la personne morale paraîtra. Elle pourra l'être sans réitération de l'offre originale – que l'acceptation inefficace n'a pu éteindre – à condition d'en respecter le délai de validité, et pourra même se déduire du silence conservée par celui qui n'aura pas depuis cherché à se dédire⁽¹⁷⁹⁾.

Un intermédiaire pourrait certes toujours user de la représentation imparfaite pour prétendre accepter l'offre destinée à la personne morale future. Échappant par ce biais à l'inexistence, le contrat y replongera néanmoins sous un autre grief : l'offre adressée à une personne déterminée, même éventuelle, ne peut être acceptée par un tiers, même pour le compte du destinataire, faute de répondre ce faisant à la volonté du pollicitant⁽¹⁸⁰⁾.

Au cas donc d'inexistence totale du contractant, le contrat ne pourra se former qu'indirectement, par le biais de la représentation imparfaite, et à condition que celle-ci corresponde à la volonté des parties⁽¹⁸¹⁾. En toute autre circonstance, le contrat restera inexistant. Il échappera en revanche plus facilement à son néant lorsque la personnalité du contractant, désormais en gestation, demeurera simplement inachevée.

§ 2 – La personnalité inachevée

39. L'interruption d'un processus – La personnalité, au contraire de la vie qui l'incarne, ne s'acquiert pas en un trait de temps : elle est normalement l'aboutissement d'un processus, plus ou moins long, de constitution⁽¹⁸²⁾. Si celui-ci ne parvient pas à son terme, la personnalité restera inachevée, et sera en conséquence réputée n'avoir jamais été instituée. Le sujet de droit (A), et le contractant en particulier (B), n'auront jamais véritablement existé.

(179) Rappr. avec l'acceptation au nom d'une personne physique à venir, *supra*, n° 37, *in limine*.

(180) V. *infra*, nos 253 et 260. Qu'il prétende accepter par représentation parfaite ou imparfaite, l'intermédiaire ne s'engagera pas plus que la personne représentée à exécuter un contrat inexistant (comp. lorsque l'acceptation est donnée pour le compte d'une personne morale en formation, *infra*, n° 55, spéc. note 295).

(181) Voire du seul acceptant qui aurait légitimement méconnu la volonté réelle du pollicitant. Sur le jeu de l'offre apparente, v. *infra*, n° 229 et s.

(182) Sur ce processus, v. déjà *supra*, n° 23 et s.

A - L'IMPERFECTION DU SUJET DE DROIT

40. Un être sans personnalité – Le processus d'élaboration de la personnalité juridique coïncide avec celui de la personne humaine, laquelle se constitue au cours d'une période allant de la conception à la naissance⁽¹⁸³⁾. À cet égard, la personne humaine imprime sa réalité à la personnalité juridique, celle des personnes physiques bien sûr, mais aussi, bien souvent, celle des personnes morales : l'une (1) comme l'autre (2) pourraient ainsi demeurer dans cet état d'inachèvement qui les vouera au néant.

1. La personne physique non née

41. La naissance comme condition – L'enfant peut être conçu, et donc déjà créé, sa personnalité juridique sera encore subordonnée à sa naissance⁽¹⁸⁴⁾. Encore faut-il définir précisément ce que l'on entend par là : il est déterminant, pour s'en tenir à la question du contrat conclu au nom de l'enfant conçu, de fixer le moment à partir duquel la convention, jusque là conditionnelle, deviendra pure et simple. Techniquement, la naissance est acquise à l'instant de l'expulsion de la totalité du corps de l'enfant hors de celui de sa mère, c'est-à-dire dès avant la section du cordon ombilical : elle ne tient pas tant dans la séparation du corps de l'enfant de celui de sa mère que dans la simple venue au monde⁽¹⁸⁵⁾.

Mais puisque l'on peut naître mort, l'acquisition définitive de la personnalité exige encore naturellement que l'enfant naisse vivant⁽¹⁸⁶⁾. Un cri, une respiration, un mouvement, un battement du cœur suffiront à établir la vie. On a beaucoup disserté autrefois pour savoir quel critère retenir parmi ceux-ci, jusqu'à ce que l'émergence d'une troisième condition vienne épuiser la controverse⁽¹⁸⁷⁾ : l'enfant devra encore naître viable⁽¹⁸⁸⁾.

(183) *Ibid.*

(184) V. *supra*, n° 23.

(185) L'opinion consistant à retarder la naissance à l'achèvement du processus de séparation par la section du cordon ne paraît plus aujourd'hui défendue. Comp. hier, J. FRANÇOIS, « Contribution à l'étude de la personnalité », *Rev. gén. dr.* 1931 et 1932, *passim*, spéc. *Rev. gén. dr.* 1931, pp. 146-148 et 200-201, tout en admettant, pp. 148-150, que le meurtre de l'enfant expulsé avant ce moment constituerait déjà, par exception, un infanticide et non plus un avortement ; L. SÉBAG, *op. cit.* (*supra*, note 67), pp. 96-97.

(186) Ce qui n'implique pas de nier pour autant l'existence passée de l'enfant né sans vie. Depuis un décret du 4 juillet 1806, l'officier de l'état civil est ainsi tenu de dresser un acte d'enfant sans vie et de le porter sur les registres de décès (v. *auj. C. civ.*, art. 79-1, al. 2, *rédict. L.* 93-22 du 8 janv. 1993), quel que fût le degré de maturité atteint par l'enfant (1^{re} *civ.*, 6 févr. 2008, trois arrêts, *Bull.*, I, n°s 41 à 43 ; *AJ Famille* 2008, p. 165, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2008, p. 268, obs. J. Hauser ; *Defrénois* 2008, p. 866, obs. J. Massip). La pratique administrative accepte même d'y inscrire le prénom que les parents auront voulu lui donner, ce que la loi ne prévoit pas, ne visant que « les prénoms et noms [...] des père et mère ». Il ne s'agit pourtant pas de conférer un état civil à cet enfant, lequel impliquerait une personnalité, mais seulement de donner acte de la naissance et d'éviter de doubler la peine des parents d'un vocabulaire médical qui leur signalait jusqu'alors avoir accouché d'un déchet opératoire.

(187) Sur cette controverse, et sur l'apparition – tardive – de la condition de viabilité, v. not. A. LEFEBVRE-TEILLARD, art. préc. (*supra*, note 62). Sur cette absorption de la vie par la viabilité, v. par ex. A. RICHARD, « Le statut successoral de l'enfant conçu », *RRJ* 2001, pp. 1361-1430, spéc. p. 1369.

(188) *C. civ.*, art. 725, al. 1^{er}, et art. 906, al. 3 ; puis art. 318 (*C. civ.*, art. 311-4 anc., *rédict. L.* 72-3 du 3 janv. 1972) et, en dernier lieu, art. 79-1, al. 1^{er} (*L.* 93-22 du 8 janv. 1993).

C'était évidemment aller de Charybde en Scylla, car s'il pouvait déjà apparaître malaisé de s'accorder sur le constat de la vie, il devenait plus difficile encore de s'entendre sur celui de sa viabilité⁽¹⁸⁹⁾. De fait, cette condition supplémentaire de viabilité pose à l'analyse des problèmes juridiquement insolubles et éthiquement insondables.

On circonscrit traditionnellement la condition de viabilité à deux hypothèses dans lesquelles le nouveau-né, vivant, ne pourra cependant pas devenir titulaire de droits : celle dans laquelle l'enfant serait né trop tôt pour pouvoir survivre, et celle dans laquelle il serait né avec quelque malformation incompatible avec la vie⁽¹⁹⁰⁾. Il semble que l'on puisse toutefois considérer à cet égard que la seconde hypothèse recouvre en fait la première, puisque l'enfant né prématurément ne survivra pas précisément parce qu'il n'était pas suffisamment formé pour pouvoir survivre. Mais au-delà de cette définition, tout devient flou. Il apparaît en effet impossible de définir objectivement les critères par lesquels on qualifiera l'enfant pour la vie : on ne peut scientifiquement pas recenser l'ensemble des pathologies incompatibles avec la survie de l'enfant⁽¹⁹¹⁾, et le droit se refuse à déterminer l'espérance de vie à partir de laquelle le nouveau-né pourra être admis comme viable ou, plus évidemment encore, à apprécier dans le même but la qualité de cette vie, laissant les médecins juges d'une question qui ne leur appartient certainement pas⁽¹⁹²⁾. Cette détermination serait-elle entreprise qu'elle ne pourrait jamais reposer que sur des critères nécessairement arbitraires, d'autant plus inopportuns qu'ils n'auraient d'autres effets que d'entériner une pratique dont on peut déjà dénoncer aujourd'hui la logique sourdement eugénique⁽¹⁹³⁾.

Comment apprécier en effet la capacité de survie de l'enfant né ? En deçà de quelle espérance de vie faudra-t-il considérer que la vie de l'enfant malformé n'aura pas été véritable ? Des êtres humains peuvent naître avec de sévères anomalies et pourtant survivre plusieurs années ; faudra-t-il leur refuser toute personnalité, considérant que, en lieu d'être

(189) Sur le flou de la condition de viabilité, v. not. Ph. SALVAGE, « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *RTD civ.* 1976, pp. 725-749. Et pour sa critique consécutive, v. par ex. F. K. VON SAVIGNY, *op. cit.* (*supra*, note 68), App. III, pp. 371-393 ; R. DIERKENS, *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, éd. Masson, 1966, p. 36 ; J. CAZALS, *Âge et droit privé*, th. Paris II, 1976, pp. 103-104 ; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, « Le corps humain, personnalité juridique et famille en droit belge », in *Le corps humain et le droit*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XXVI, 1975, Dalloz, 1977, pp. 19-56, spéc. p. 25 ; G. GOUBEUX, *op. cit.* (*supra*, note 4), n° 41, p. 49 ; G. MÉMETEAU, « Vie biologique et personnalité juridique », in *La personne humaine et le sujet de droit*, 4^{es} journ. R. Savatier, PUF, 1994, pp. 48-56 ; C. PHILIPPE, « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *D.* 1996, chr., pp. 29-32 ; J. POUSSON-PETT, « La personne humaine sur la scène d'un théâtre d'ombres », in *Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein – Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruylant, 1998, pp. 505-548, spéc. 514.

(190) La tradition remonte au droit romain, lequel, sans poser de condition générale de viabilité, refusait néanmoins tout droit à l'enfant ainsi né.

(191) Sauf à réviser constamment l'inventaire que l'on prétendrait dresser en fonction des incessants progrès de la science.

(192) C'est en particulier devant le constat de cette imprécision scientifique que la médecine française avait pu préconiser, dès le début du siècle dernier, l'abandon de la condition de viabilité.

(193) Sur ce point, v. *infra*, *eod. num.*, spéc. note 204.

viable, l'existence doit en réalité être « normale »⁽¹⁹⁴⁾ ? Et sinon, s'agit-il de réduire cette durée de vie non viable à dix jours⁽¹⁹⁵⁾ ? À une semaine⁽¹⁹⁶⁾ ? À trois jours⁽¹⁹⁷⁾ ? Voire même une seule journée⁽¹⁹⁸⁾ ? De fait, à défaut de pouvoir avancer un critère de viabilité, on serait tenu d'admettre pour assurer quelque sécurité juridique et refuser toute politique de sélection que, quelle que soit la malformation soufferte par l'enfant, seul importerait qu'il soit né vivant⁽¹⁹⁹⁾.

Retenue comme seule déterminante, la vie de l'enfant né devrait cependant se distinguer, pour être reçue comme critère pertinent, de celle entretenue *in utero* par le fœtus et momentanément continuée au-delà de la naissance. La vie *post natum* résidera par conséquent dans sa plus simple expression : la respiration⁽²⁰⁰⁾. Par la première inspiration,

(194) Ou maintenir leur personnalité sous sa forme conditionnelle ? Mais à quel événement soumettra-t-on alors, la naissance passée, l'acquisition définitive de la personnalité ? *Quid* encore si la lésion congénitale devait n'être découverte que bien plus tard ? Le privera-t-on rétroactivement en ce cas de sa personnalité ?

Sur cette pente eugénique, v. ainsi F.-J. BIGOT-PRÉAMENEU, discours Corps lég., 2 germ. an XI, qui définit la viabilité comme la « possibilité de parcourir la carrière ordinaire de la vie » (in P. A. Fenet, *op. cit. (supra)*, note 68), t. X, p. 140, art. 314-315, et J.-G. Locré, *op. cit. (ibid.)*, t. VI, p. 197, n° 11). Et pour sa critique, v. not. G. MÉMETEAU, art. préc. (*supra*, note 189), p. 50 et s. Au-delà même de cet argument, pour le rejet de la notion de viabilité appliquée à l'enfant né à terme, v. déjà P. ESCHBACH, « Simple note sur les prétendus monstres conservés dans quelques ouvrages de droit », *Rev. lég. et jur.* janv.-avril 1847, pp. 167-172 ; Ch. AUBRY et Ch. RAU, *op. cit. (supra)*, note 64), § 53, p. 180 : « Les difformités physiques et les infirmités intellectuelles, quelles qu'elles soient, ne portent aucune atteinte à la personnalité » ; Ch. DEMOLOMBE, *op. cit. (supra)*, note 1), t. V, *Traité de la paternité et de la filiation*, 4^e éd., 1870, n° 112, pp. 129-131.

(195) Rappr. discussion en Conseil d'État, séance du 14 brum. an X au cours de laquelle A. BOULAY DE LA MEURTHE proposa de retenir, pour admettre l'action en désaveu, une période décadaire après laquelle l'enfant né avant terme devrait être réputé viable (in P. A. Fenet, *op. cit. (supra)*, note 68), t. X, p. 19, art. 312-313, et J.-G. Locré, *op. cit. (ibid.)*, t. VI, p. 40, n° 14). Finalement le texte fut retiré sur les observations du Tribunal (séance du 19 vend. an XI, in P. A. Fenet, *op. cit. (eod. loc.)*, t. X, p. 115 et s., spéc. art. 314, p. 118, et J.-G. Locré, *op. cit. (ibid.)*, t. X, p. 171, n° 6) qui fit remarquer le risque de *votum mortis* pour la mère en crainte d'un désaveu paternel : « Cette condition réduirait la mère à la douloureuse alternative de désirer la mort de son enfant, ou de craindre un désaveu à jamais flétrissant pour elle. » (v. déjà en ce même sens l'objection soulevée en Conseil d'État par RÉAL à la proposition de BOULAY).

(196) C'est le terme choisi par l'Organisation mondiale de la santé pour distinguer la période périnatale de la période néonatale qui lui succède et qui suppose que la période de la naissance soit définitivement passée. V. par ex. *Premiers soins de réanimation du nouveau-né : guide pratique*, WHO/RHT/MSM/98.1, p. 35.

(197) Délai de déclaration de la naissance à l'officier de l'état civil (C. civ., art. 55, al. 1^{er}), qui suppose de déterminer dès avant cette échéance la viabilité ou non de l'enfant (rappr. art. 79-1, al. 1^{er}). Mais on peut encore déclarer judiciairement la naissance passé ce délai (art. 55, al. 2) ; il n'est donc pas exclu de retarder le constat de la viabilité de l'enfant.

(198) C. civ. espagnol, art. 30.

(199) N'est-ce pas le sens de l'arrêt rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 2 décembre 2003 (*Bull.*, n° 230 ; *D.* 2004, p. 449, note J. Pradel ; *JCP* 2004, II, 10054, note M.-L. Rassat ; *Dr. pén.* 2004, n° 18, note M. Véron ; *Rev. sc. crim.* 2004, p. 348, obs. Y. Mayaud ; rappr. déjà *Crim.*, 14 juin 1957, *D.* 1957, p. 512, dans le cas du décès provoqué par un accouchement au forceps) selon lequel commet un homicide involontaire celui qui a provoqué à huit mois de grossesse un accident dont le fœtus, né vivant, conserve à la naissance des séquelles qui emporteront sa mort une heure plus tard ? Peut-on en effet sérieusement considérer en ce cas que l'enfant était né viable, tel que l'on entend traditionnellement cette condition ? Les juges, sauf à nier radicalement la notion en droit pénal (v. *infra*, n° 70), ont pourtant nécessairement reconnu sa personnalité juridique, estimant l'homicide constitué.

Ni le droit anglais, ni les droits allemand et suisse n'ont pour leur part jamais exigé que l'enfant naisse viable pour le reconnaître comme sujet de droit (*BGB*, § 1 ; C. civ. suisse, art. 31).

(200) Le signe de vie que l'on aurait préalablement tiré du battement cardiaque *ex utero* serait encore en effet, en un sens, celui du fœtus : seule la respiration opérera mutation complète de la physiologie cardio-vasculaire, passant d'une oxygénation ombilicale à une circulation de type pulmonaire.

Un autre point de vue serait, plutôt que de l'exclure radicalement, de réduire la condition de viabilité de l'enfant né à cette seule respiration. Cette solution pourrait se prévaloir des recommandations de
(suite p. suiv.)

la personnalité s'insufflera en l'être humain, et le cri du nouveau-né la manifestera dans l'instant. Il en serait ainsi quand bien même l'enfant eût été condamné à une existence éphémère, car il aura goûté la vie dans le monde. Sans n'avoir pu jamais respirer, au contraire, l'être ne sera effectivement né que pour mourir, et la personnalité verra sa condition défaillir avec lui⁽²⁰¹⁾.

Mais, pour être admise, cette solution demande à être appréciée dans tous ses effets. Elle revient en effet à faire obligation aux praticiens de tenter de réanimer un enfant né avec de graves malformations⁽²⁰²⁾, dans l'espoir certes de lui donner une chance de survie, mais aussi sous la plus grande probabilité d'une vie lourdement handicapée, alors que, dans cette perspective, les médecins français se réservent au contraire pour l'heure la faculté de ne pas tenter de réanimer un enfant dont le pronostic vital serait par trop réservé et ses chances de mener une existence jugée supportable insuffisantes⁽²⁰³⁾. C'est dans cette mesure, aussi nébuleuse soit-elle, que le droit français semble toujours assumer aujourd'hui une part d'eugénisme⁽²⁰⁴⁾.

l'Organisation mondiale de la santé, qui retiendrait depuis 1977 le terme de vingt-deux semaines d'aménorrhée, soit environ vingt semaines de grossesse, ou le poids de cinq cents grammes comme seuils alternatifs de viabilité, constat fait que la survie *ex utero* apparaît auparavant impossible pour cette première raison que les poumons seraient trop immatures pour permettre la respiration, condition *sine qua non* de toute vie extra-utérine (le record à cet égard paraît tenir depuis le 24 octobre 2007 dans la survie d'une enfant née aux États-Unis après 153 jours de gestation pour seulement 285 grammes). Mais une viabilité réduite à la seule respiration reviendrait soit à se confondre au critère de la vie constatée *ex utero*, soit à réduire vainement ce dernier critère, pour le distinguer du premier, à la seule vie *in utero* constatée au moment de la naissance.

(201) *A posteriori*, c'est en premier lieu par un examen histologique des poumons du nouveau-né finalement décédé que l'on constatera la vie post-natale.

(202) Sous peine de poursuites pour omission de porter secours (C. pén., art. 223-6, al. 2), la personnalité de l'enfant ayant respiré étant, selon cette thèse, définitivement acquise.

(203) Selon l'Académie nationale de médecine (avis du 23 mars 2001, cité par P. Sargos, rapp. sous Ass. plén., 29 juin 2001, *BICC* n° 540, août 2001), la réanimation n'est systématiquement engagée pour les naissances prématurées, et sauf pathologie particulière, qu'après vingt-quatre semaines de grossesse, considérant que les probabilités sont alors en faveur de l'enfant (plus de la moitié survivront, dont près de quatre-vingt pour cent ne conserveront aucune séquelle majeure). V. égal. depuis, l'étude *Epipage* publiée par l'Inserm : « Survival of very preterm infants : Epipage, population based cohort study », *The Lancet*, 7 mars 2008. En l'état de ces usages, et de l'inscription de l'acharnement thérapeutique au rang des pratiques médicales prohibées (C. santé publ., art. L. 1110-5, rédact. L. 2005-370 du 22 avril 2005), le Tribunal administratif de Nîmes a pu condamner le centre hospitalier de la ville d'Orange pour avoir ramené à la vie un nouveau-né après vingt minutes d'un arrêt cardiaque ayant occasionné de graves troubles physiques et psychiques (TA Nîmes, 2 juin 2009, *D.* 2009, p. 2974, point de vue, A. Cheynet de Beaupré).

(204) Rappr. l'admission de l'intervention volontaire de grossesse pour motif médical au cas où il existe « une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic. » (C. santé publ., art. L. 2213-1, al. 1^{er}), dont la formulation n'apporte, on le voit, aucune précision à la condition de viabilité. On notera toutefois que l'interruption de la gestation d'un enfant jugé non viable ne pose pas les mêmes difficultés puisque, pratiquée *in utero*, elle ne portera jamais atteinte qu'à une personne encore conditionnelle (v. *infra*, n° 42, note 216). V. encore la légalisation de la stérilisation des personnes atteintes d'un handicap mental (C. santé publ., art. L. 2123-2, rédact. L. 2001-588 du 4 juill. 2001). Et en jurisprudence : Ass. plén., 17 nov. 2000, *Perruche*, *Bull.*, AP, n° 9 ; *JCP* 2000, II, 10438, rapp. P. Sargos, concl. J. Sainte-Rose, et note F. Chabas ; *D.* 2001, p. 332, notes D. Mazeaud et P. Jourdain ; *Dr. fam.* 2001, chr. n° 7, pp. 4-11, « Pour une humanité autrement fondée », par D. Fenouillet, l'arrêt admettant l'indemnisation de l'enfant né handicapé plutôt que supprimé *in utero*. Comp. pourtant C. civ., art. 16-4, al. 1^{er}. Sur ce constat, v. ainsi S. SOLEIL, « Eugénisme français, eugénisme à visage humain ? », in *Clés pour le siècle*, Univ. Panthéon-Assas, Dalloz, 2000, pp. 739-757 ; et F. BELLIVIER, *RTD civ.* 2001, pp. 972-978. *Adde* J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, *Les personnes*, préc. (*supra*, note 23), n° 16, p. 41 : « pourquoi ne pas avouer que l'avortement dit thérapeutique [...] peut servir à couvrir les desseins eugéniques qu'en théorie on a déclarés abominables [...] ? » Il reste néanmoins possible de réfuter cette conclusion si l'on se rappelle que l'eugénisme

(suite p. suiv.)

Si l'on se satisfait juridiquement de cette solution, qui est de pratique établie, on peut donc accepter de subordonner la personnalité de l'enfant né vivant à l'insaisissable condition de sa viabilité⁽²⁰⁵⁾. On sera dès lors tenu de s'accommoder d'objections aussi dirimantes que celles précédemment soulevées, telles que celles tenant notamment à l'arbitraire de la détermination de l'aptitude à vivre et à l'impossibilité morale d'opérer quelque discrimination aussi fondamentale entre deux êtres nés vivants et humains.

42. Le statut de l'enfant avant la naissance – On peut toujours critiquer le peu de volonté manifestée par le législateur pour protéger l'enfant à naître, il reste exagéré de prétendre que ce dernier évoluerait dans un « *vide juridique* ». Outre l'imprécision de l'énoncé⁽²⁰⁶⁾, il est en effet possible de démontrer que le droit applicable à l'embryon ou au fœtus est susceptible de n'être pas moins élaboré que celui appliqué à l'enfant né. Le statut du *nasciturus* existe d'ores et déjà : c'est celui de la personnalité juridique conditionnelle.

L'enfant à naître est, dès le début de la grossesse, une personne juridique sous condition suspensive⁽²⁰⁷⁾, c'est-à-dire qu'il est, *a contrario*, une chose sous condition résolutoire⁽²⁰⁸⁾.

se définit comme une politique génétique destinée à l'amélioration de l'espèce, et que les pratiques admises en droit français, si elles peuvent avoir quelque effet en ce sens, n'ont jamais pour objet déclaré que d'obvier à la souffrance d'un individu ou de ses parents.

(205) Cette dernière analyse oblige à reconsidérer l'interprétation donnée de l'arrêt de la Chambre criminelle rendu le 2 décembre 2003 (préc., *supra*, note 199) : si l'on doit tenir pour constitué l'homicide d'un enfant né vivant mais condamné par les blessures subies *in utero*, et que l'on pose néanmoins la condition de viabilité comme distincte de celle de la vie après la naissance pour l'attribution de la personnalité, alors c'est nécessairement que la viabilité peut se constater dès avant la naissance. Il s'agira dès lors de déterminer si, au jour de l'accident, le fœtus était apte à vivre *ex utero* s'il avait dû naître à cet instant. On ne réduira pas pour autant la personnalité à ce seul constat : l'enfant devra encore naître vivant. Car, à bien des égards, la naissance, condition de l'existence dans le monde, est aussi une épreuve, dont la viabilité anténatale ne permet pas d'assurer le succès. En ce sens, v. G. GOUBEUX, *op. cit.* (*supra*, note 4), n° 44, p. 54. V. encore du reste Crim., 25 juin 2002, *Bull.*, n° 144 ; *JCP* 2002, II, 10155, note M.-L. Rassat ; *D.* 2002, p. 3099, note J. Pradel ; *Dr. pén.* 2002, chr. 31, par D. Commaret, censurant la décision de la cour d'appel qui avait cru pouvoir déduire l'homicide involontaire de la viabilité anténatale du fœtus arrivé à terme et mort *in utero*.

(206) Car le droit n'attend pas le législateur pour investir les matières nouvelles ou délaissées, puisque telle est précisément la fonction du droit commun (arg. C. civ., art. 4). Ce *vide-là*, pour être législatif, n'en est pas pour autant juridique. Tout ce que l'on peut alors affirmer, c'est que les règles générales sont insuffisantes, en sorte qu'il s'agit tout au plus d'un *creux* du droit (sur quoi, v. R. SAVATIER, « Les creux du droit positif au rythme des métamorphoses d'une civilisation », in *Le problème des lacunes en droit*, dir. Ch. Perelman, Bruylant, 1968, pp. 521-535). Lorsque le droit lui-même fait le vide, c'est le plus souvent qu'il n'est pas attendu, voire spécialement exclu : J. CARBONNIER, « L'hypothèse du non-droit », *Flexible droit*, 10^e éd., LGDJ, 2001, pp. 25-51.

(207) Sur cette qualification, v. *supra*, n° 23, *in medio*. Outre les arguments déjà donnés en ce sens, on peut à présent en ajouter un autre : si la jurisprudence estime constituée l'infraction contre la personne du fœtus, qu'il s'agisse de coups et blessures (Crim., 2 oct. 2007, pourvoi n° 07-81259) ou d'homicide involontaire (Crim., 2 déc. 2003, préc., *supra*, note 199), dès lors qu'il est par la suite né vivant, tout en écartant l'infraction dans le cas contraire, c'est nécessairement qu'elle lui confère une personnalité juridique *in utero* qu'elle conditionne à sa naissance ultérieure.

(208) La double qualification de la condition, suspensive ou résolutoire, s'impose à chaque fois qu'elle commande le passage d'un état à son contraire. V. not. J.-J. TAISNE, in *J.-Cl. Civ.*, Art. 1168 à 1174, fasc. 40 à 43, « Obligations conditionnelles – Caractères de la condition », 2004, n° 77, p. 16. C'est ainsi que, dans le pacte tontinier, le prédécès des uns constitue, selon le point de vue, la condition résolutoire de leur propriété indivise ou la condition suspensive de la propriété exclusive du dernier survivant. Il n'y a du reste là que l'effet ordinaire du caractère déclaratif de l'attribution post-indivisaire. V. en ce sens Ch. DEMOLOMBE, *op. cit.* (*supra*, note 1), t. XVII, *Traité des successions*, t. V, 5^e éd., 1875, n° 264, p. 299 : « *chacun d'eux, propriétaire de sa part sous une condition suspensive, n'est propriétaire de la part des autres que sous une condition résolutoire ; et* (suite p. suiv.) »

Il pourra logiquement être en conséquence titulaire de droits et d'obligations, tous constitués sous condition suspensive de sa naissance⁽²⁰⁹⁾. Le contrat conclu, par représentation, avec l'enfant à naître verra donc son effet suspendu à la naissance du contractant⁽²¹⁰⁾.

Traditionnellement, on comprend pourtant l'adage *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* comme interdisant de souscrire quelque obligation que ce soit sur la tête de l'enfant à naître, raison pour laquelle le Code civil n'a envisagé la règle qu'en matière de succession et de libéralités⁽²¹¹⁾. Mais une telle acception de l'intérêt de l'enfant est trop restrictive pour être juste : un contrat synallagmatique, qui emporte des droits comme des obligations, peut parfaitement être profitable à l'un des contractants, et à l'enfant en particulier, si la valeur de ses droits dépasse celle de ses obligations. Or, l'empêcher de se rendre en aucune façon débiteur lui interdirait consécutivement le bénéfice d'un tel contrat⁽²¹²⁾, contre l'esprit même de la règle.

Au-delà, on a encore pu discuter de la pertinence de la solution consistant, comme le fait l'adage, à limiter la personnalité de l'enfant conçu à son seul intérêt (*quoties de commodis*)⁽²¹³⁾. Car s'il s'agit par là de le protéger, en quoi serait-il plus digne de protection que l'enfant tout juste né ? Le second n'est pas moins vulnérable que le premier, et si l'on reconnaît une personnalité juridique, même conditionnelle, à l'enfant à naître, il y aura évidemment lieu de lui offrir le même régime de protection que celui attribué à tout enfant mineur⁽²¹⁴⁾. Son incapacité de droit commun suffira dès lors à le protéger : sera annulable toute libéralité qui entamerait son patrimoine conditionnel (C. civ., art. 903), les actes les plus graves seront soumis à des conditions de représentation renforcées (art. 389-5 à 389-7, et art. 449 et s.), et les représentants seront responsables devant lui de leur mauvaise gestion

l'événement du partage, en réalisant cette double condition, produit tout naturellement, aux termes de l'article 1179, cette double rétroactivité en sens inverse ».

(209) Telle que définie *supra*, n° 41.

(210) C. civ., art. 1181, al. 2. S'il fallait y voir au contraire une personne sous condition résolutoire de l'absence de naissance, le contrat serait immédiatement exécutoire, au risque de devoir être *in fine* rétroactivement anéanti (art. 1183, al. 2). On rejettera donc, en raison, cette analyse.

(211) Sur ce point, v. *supra*, n° 23.

(212) N'étant plus question aujourd'hui de réduire en ce cas le contrat synallagmatique aux seuls droits acquis par l'enfant à naître, et de le requalifier ce faisant en contrat unilatéral, contre la volonté des parties. Si le droit romain l'admettait (Ulpien, *in Dig.*, XIX, I, 13, § 29), c'est qu'il ne tenait aucun compte de la théorie de la cause dans les contrats synallagmatiques. Le problème se pose donc autrement en droit positif : faut-il vraiment anéantir une donation faite à un enfant conçu au constat de la charge éventuelle que cette libéralité pourrait lui imposer ? V. ainsi Ch. ATIAS, *Les personnes – Les incapacités*, PUF, 1985, n° 8, pp. 18-19, qui rappelle que le bénéfice de la succession suppose bien d'assujettir l'héritier, même simplement conçu, aux charges de la succession.

(213) V. par ex. D. FENOUILLET, fasc. préc. (*supra*, note 64), nos 130 et 131, pp. 28-29.

(214) Quoique, en deçà d'un certain âge, l'idée même de protection reste bien relative appliquée à un enfant de toute façon insusceptible de former seul le moindre engagement (v. *infra*, n° 96).

Comp. la lettre de l'article 906 qui envisage plus certainement une capacité de jouissance, et en réalité la personnalité elle-même, plutôt qu'une capacité d'exercice, seule en cause au cas de minorité. Pour l'assimilation de l'enfant à naître à un mineur, v. par ex. R. LALOU, *op. cit.* (*supra*, note 64), pp. 61-62. Rapp. F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.* (*supra*, note 96), n° 12, p. 30 : « l'ébauche de sujet de droit qu'ils [l'embryon et le fœtus] constituent rend concevable, de lege ferenda, l'institution d'un régime d'incapacité permettant à la vie juridique ante natale de s'épanouir. »

(art. 389-5, al. 4, et art. 450, al. 2). La différence tiendra donc en ce que la condition consistant à ne pouvoir contracter que dans l'intérêt du *nasciturus* permettrait encore d'éviter que son représentant puisse même conclure un contrat possiblement lésionnaire ; mais ici encore, on ne voit rien qui impose de mieux protéger l'enfant à naître que celui déjà né⁽²¹⁵⁾.

Si l'on veut bien admettre la réalité de la personnalité, même conditionnelle, de l'enfant à naître, plus rien ne devrait interdire de lui reconnaître immédiatement, même sous réserve, les droits fondamentaux que l'on octroie à tout individu⁽²¹⁶⁾, d'anticiper *in utero* le rapport de filiation⁽²¹⁷⁾, ou de conclure en son nom tout contrat, même défavorable, dans les limites de sa capacité⁽²¹⁸⁾. Seuls certains droits ne lui seront pas attribués, comme étant insusceptibles d'être soumis à condition⁽²¹⁹⁾.

(215) Le problème posé par le pouvoir du représentant de conclure un contrat lésionnaire relève en conséquence d'une autre matière : celle attachée au régime de l'incapacité pour minorité.

(216) Et en premier lieu, parmi ceux-ci, le droit à la vie. Il ne s'agit pas pour autant de prétendre faire abstraction du caractère conditionnel de la personne de l'enfant en vue d'exagérer sa protection, d'autant que la méconnaissance de son droit à la vie aura alors précisément pour effet de faire défaillir la condition à laquelle sa personnalité était subordonnée. La personnalité rétroactivement anéantie, se trouve donc exclue toute qualification d'homicide involontaire (Ass. plén., 29 juin 2001, *Bull. crim.*, n° 165 ; *JCP* 2001, II, 10569, rapp. P. Sargos, concl. J. Sainte-Rose et note M.-L. Rassat ; *D.* 2001, p. 2917, note Y. Mayaud ; *Rev. sc. crim.* 2002, p. 97, obs. B. Boulloc). S'agissant de la qualification de meurtre, observons que le droit pénal, qui exclut également tout homicide volontaire porté sur l'enfant à naître, n'applique pas en la matière le principe, posé ailleurs (C. civ., art. 1178), selon lequel la condition devra être réputée accomplie lorsque le débiteur en aura volontairement empêché l'accomplissement (v. C. pén., art. 223-10, qui n'y voit qu'une mise en danger de la personne de la mère, au cas où son consentement n'aurait pas été recueilli ; et C. santé publ., art. L. 2222-2 à 2222-4, au cas de consentement de la mère), faute peut-être justement de débiteur directement « *obligé sous cette condition* ». Le caractère imparfait de la personnalité du *nasciturus* explique encore assez bien l'existence et la mesure du droit de la mère à interrompre sa grossesse : la pleine personnalité de l'enfant rendrait ce droit plus difficilement admissible (on ne peut tuer une personne que lorsque la vie d'une autre est immédiatement menacée et qu'il n'est nul autre moyen de la protéger, *e.g.* légitime défense) et sa pure réification inviterait au contraire à répondre en tout temps et sans condition à la demande de la mère.

(217) L'efficacité de la reconnaissance prénatale est depuis longtemps admise. V. par ex. Civ., 16 déc. 1811, *S.*, nouv. coll., 1809-1811, I, p. 433 ; 2 janv. 1895, *DP.* 1895, I, p. 367 ; 1^{re} civ., 4 mai 1994, *Bull.*, I, n° 157, *D.* 1995, p. 601, note S. Mirabail, et *SC.*, p. 115, obs. F. Granet. On conviendra de même que la possession d'état puisse, au besoin, se constater dès avant la naissance. V. ainsi, implicitement, 1^{re} civ., 4 mai 1994, préc. : « *Attendu que, pour statuer ainsi, l'arrêt attaqué retient que l'enfant Sophie avait, depuis sa naissance, la possession d'état d'enfant légitime des époux Y ; que, dès lors, en annulant, sur le fondement de l'article 334-9 du Code civil, la reconnaissance souscrite par M. X avant la naissance de l'enfant, sans constater qu'à la date de cette reconnaissance, l'enfant Sophie jouissait déjà de la possession d'état d'enfant légitime à l'égard des époux Y, la cour d'appel a violé ce texte* ». V. encore depuis 14 févr. 2006, *Bull.*, I, n° 78, qui relève « *qu'une possession d'état d'enfant légitime paisible et sans ambiguïté s'était ainsi constituée avant la reconnaissance* ». De façon générale, il est assez clair en effet que la filiation biologique ne se voit pas modifiée entre le moment de la conception et celui de la naissance et que rien ne devrait en conséquence interdire de la constater *ab origine*. Pour faire remonter l'effet déclaratif de la reconnaissance à la conception de l'enfant, v. ainsi L. SÉBAG, *op. cit.* (*supra*, note 67), p. 85 ; rapp. TGI Lille, 3 févr. 1987, *JCP* 1990, II, 21447, obs. crit. X. Labbé, décidant que la reconnaissance prénatale « *confère à un enfant encore simplement conçu une filiation sous la condition suspensive de sa naissance* ». Du reste, l'établissement de l'autorité parentale, condition de la représentation de l'enfant *in utero*, sera bien subordonné à ce constat anténatal.

(218) Ainsi représenté par le ou les titulaires de l'autorité parentale, laquelle sera donc aussi conditionnelle que l'est la filiation établie, à l'instar la personnalité de l'enfant à naître. Pour cette anticipation de l'autorité parentale, v. par ex. G. MÉMETEAU, « Les prélèvements à fins thérapeutiques sur le fœtus de lege ferenda », *Gaz. Pal.* 1983, doct., pp. 322-325, spéc. p. 324, art. 2, al. 1^{er}.

(219) Parmi ceux-ci, on comprend assez souvent le droit d'agir en justice, sinon à fin strictement conservatoire (C. civ., art. 1180), fondement pris que l'autorité juridictionnelle ne saurait se soumettre à quelque condition que ce fût. En réalité, c'est moins l'action que le jugement qui ne supportera effectivement pas cette

À défaut de naître viable, l'enfant verra ses droits, qui auront existé, rétroactivement anéantis pour défaillance de la condition suspensive à laquelle ils étaient subordonnés. Ces droits n'auront donc, rétrospectivement, été inexistants qu'en ce qu'ils n'auront jamais été que conditionnels⁽²²⁰⁾ ; mais strictement, l'anéantissement opérera en ce cas, comme pour toute défaillance d'une condition suspensive, pour caducité plutôt que pour inexistence⁽²²¹⁾. C'est précisément ce même mécanisme qui justifiera encore l'anéantissement des actes passés au nom d'une personne morale qui, en formation, n'aurait finalement jamais accédé à la personnalité juridique.

2. La personne morale non entérinée

43. La personnalité juridique soumise à condition – Parce que la personne morale a une vocation naturelle à la personnalité juridique⁽²²²⁾, il est de principe que celle-ci lui soit instantanément et inconditionnellement octroyée. Pourtant, les dispositions subordonnant cette qualité juridique à la satisfaction d'une condition sont à ce point répandues⁽²²³⁾, s'imposant même pour la personne morale de droit commun que constitue l'association, que la personne morale simplement organisée ne constituera que rarement en elle-même un sujet de droit.

44. Le statut de la personne morale en formation – Qu'elles soient soumises à déclaration, à immatriculation ou à reconnaissance d'utilité publique, on ne manque pas de rapprocher la situation des personnes morales en formation⁽²²⁴⁾ de celle des personnes physiques en gestation⁽²²⁵⁾. Bien sûr, il ne s'agit jamais que d'une analogie : l'événement

condition : toute instance s'organise déjà autour du respect d'une procédure qui conditionne son déroulement ; rien n'interdit donc, en soi, d'y introduire une condition supplémentaire. On peut le permettre tant du moins qu'il est certain, comme ici, que l'aléa se lèvera dans un délai assez court pour ne pas retarder indéfiniment l'office du juge. V. égal., pour les personnes morales, *infra*, n° 44, spéc. note 232.

(220) V. *infra*, n° 332.

(221) V. *infra*, n° 333.

(222) V. *supra*, n° 27.

(223) *ibid.*

(224) La terminologie est trop usuelle pour ne pas l'employer, mais strictement elle est incorrecte, reposant sur la confusion traditionnellement opérée et déjà dénoncée entre personne morale et personne juridique (v. *supra*, n° 25). Si l'on veut bien les distinguer, on remarquera que la personne morale est entièrement et inconditionnellement constituée dès lors qu'elle est organisée, même privée encore de la qualité de sujet de droit, tandis que la personnalité juridique n'est en rien reconnue avant la réalisation de la formalité attributive et qu'elle n'est pas même, par conséquent, en formation (ce qui n'interdit pas de l'accorder rétroactivement au constat de la préexistence de la personne morale, laquelle sera considérée en avoir été dotée de façon conditionnelle) ; du reste, on ne forme pas une personnalité juridique, on l'attribue. À la rigueur, peut-on admettre que la personne juridique, à l'entendre comme la réunion des deux personnalités morale et juridique, soit en formation, en ce qu'une seule de ces qualités lui sera reconnue dans l'attente de la seconde. C'est en ce sens que l'on parle de *société en formation* : le contrat de société est conclu, la personne sociale est d'ores et déjà statutairement organisée, mais elle ne dispose pas encore de la qualité de sujet de droit.

(225) V. *supra*, n° 42. Pour ce rapprochement, v. ainsi R.-Th. TROPLONG, *Des donations entre-vifs et testaments*, 3^e éd., H. Plon, 1872, t. II (*Le Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, t. XXV), n° 613, pp. 202-203, qui applique par analogie l'article 906 du Code civil aux fondations non encore autorisées ; Th. TISSIER, *Traité pratique et théorique des dons et legs aux établissements publics ou d'utilité publique*, P. Dupond, 1896, t. I, (suite p. suiv.)

conditionnant la qualité de sujet de droit sera bien différent selon qu'il s'agit de personnes physiques ou morales⁽²²⁶⁾ ; il liera l'entière personnalité, de fait et de droit, de la personne physique⁽²²⁷⁾, tandis que seule la personnalité juridique de la personne morale s'en verra affectée ; la condition, nécessaire pour la personne physique, n'est que réglementaire pour la personne morale, sa personnalité juridique s'attribuant instantanément et inconditionnellement à défaut de dispositions particulières⁽²²⁸⁾ ; et la personnalité juridique sera encore systématiquement octroyée à la personne physique, tandis qu'il dépendra de la volonté des fondateurs⁽²²⁹⁾ ou de l'autorité administrative⁽²³⁰⁾ de l'attribuer à la personne morale. Mais il reste que la personne en formation disposera toujours, dans les deux cas, d'une personnalité juridique conditionnelle.

Nulle part la loi ne règle la situation générale des personnes morales en formation. Mais au moins lui arrive-t-il de confirmer incidemment l'analyse consistant à y voir des personnes juridiques sous condition⁽²³¹⁾. Dès sa constitution, la personne morale disposera

n° 85 ; L. MICHOD, *op. cit.* (*supra*, note 7), n° 149, pp. 454-458 ; P. LESCOT, *Essai sur la période constitutive des personnes morales de droit privé*, th. Paris, 1913, pp. 242-243 ; P. DURAND, « L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle – Études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, t. I, pp. 138-159, spéc. p. 141 ; J.-C. HALLOUIN, *L'anticipation – Contribution à l'étude de la formation des situations juridiques*, th. Poitiers, 1979, p. 406 ; X. LABBÉE, fasc. préc. (*supra*, note 64), n° 84, p. 16, qui récusait cependant toute idée de personnalité conditionnelle. V. encore 1^{re} civ., 22 juill. 1987, préc. (*supra*, note 73), qui invoque à son tour l'article 906 pour invalider « le legs fait à une fondation non existante au jour du décès ».

(226) L'inscription de la naissance sur les registres de l'état civil ne tient ainsi aucune place dans la reconnaissance de la personnalité juridique de la personne physique, au contraire de la déclaration pour les syndicats professionnels, de l'immatriculation pour les sociétés, ou de la publication au *Journal officiel* pour les associations, les congrégations religieuses et les fondations (v. *supra*, n° 27, note 126).

(227) V. *supra*, n° 16, *in fine*, spéc. note 8.

(228) V. *supra*, n° 27, spéc. note 123.

(229) Puisque les membres d'un groupement voué à la reconnaissance juridique peuvent cependant choisir de ne pas accomplir les formalités qui la conditionnent. La personnalité juridique de la personne morale n'est donc que facultative (en ce sens, v. ainsi P. CATALA, « L'indivision », *Defrénois* 1979, art. 31874, n° 1, p. 6), la condition en subordonnant l'octroi étant purement potestative. On évitera ainsi, en conditionnant l'attribution de la personnalité juridique à la volition des fondateurs, de créer un sujet de droit par mégarde, attendu que des associés peuvent inconsciemment constituer une société créée de fait.

(230) Ce sera la faculté du gouvernement – aujourd'hui encore discrétionnaire – d'accorder ou non la reconnaissance d'utilité publique à la fondation ou la « reconnaissance légale » à la congrégation religieuse (v. *supra*, n° 27, note 128).

(231) V. ainsi C. civ., art. 1843 (et C. com., art. L. 210-6, al. 2, *in fine*) qui dispose que les engagements repris par la société immatriculée « sont alors réputés avoir été dès l'origine contractés par celle-ci », conformément au mécanisme de la condition à laquelle l'article suivant fait référence (C. civ., art. 1843-1). V. égal. R. BESNARD GOUDET, *J.-Cl. Sociétés*, fasc. 113-10, « Constitution des sociétés par actions – Fondation. Période constitutive », 2000, n° 54, p. 11, qui déduit cette même personnalité conditionnelle des articles 1832 et 1843-3 du Code civil combinés à l'article 5, alinéas 2 et 3, de la loi du 24 juillet 1966 (C. com., art. L. 210-6). Rapp. encore L. 87-571 du 23 juill. 1987, art. 18-2 (rédict. L. 90-559 du 4 juill. 1990), qui reconnaît la même logique conditionnelle à la constitution de la fondation testamentaire. Encore cette dernière disposition prétend-elle faire exception à celle qui prévaudrait pour la fondation constituée par donation entre vifs, considérant que l'attribution de la personnalité juridique n'aurait en cette hypothèse aucun effet rétroactif (art. 18, al. 2, selon art. 18-2, al. 3). Il n'était pourtant pas nécessaire, pour valider le legs fait à une personne juridique encore inexistante au jour du décès, d'en faire une exception : le Conseil d'État avait de longue date admis en ce cas la rétroactivité de l'attribution de la personnalité juridique de la fondation, sans pouvoir se fonder pour cela sur quelque disposition particulière (v. par ex. avis du 30 juill. 1884, *Rev. gén. adm.* 1885, I, 75). En ce même sens, v. par ex. H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. IV, vol. 2, *Successions – Libéralités*, 5^e éd., par L. Leveneur et S. Leveneur, Montchrestien, 1999, n° 1420, pp. 610-611 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, *Les personnes*, préc. (*supra*, note 23), n° 189, p. 389 ; Y. PACTOT, *Recherche sur* (suite p. suiv.)

de droits conditionnels, qu'ils soient patrimoniaux ou extra-patrimoniaux ; et elle devrait pouvoir agir en justice en vue de les réaliser, sous condition de sa personnalisation juridique en cours de procédure, avant la décision du juge⁽²³²⁾. On admettra réciproquement que la

l'interprétation juridique, th. Paris II, 1988, n° 367, p. 333. Pourquoi aurait-il dû et devrait-il encore en aller autrement pour la fondation entre vifs ?

(232) De même que pour les personnes physiques en gestation, *supra*, n° 42, note 219. Il est inutile de limiter le droit d'agir à la seule action conservatoire, même en considération du caractère conditionnel du droit en cause (C. civ., art. 1180), puisque l'on n'admettra justement l'action qu'autant que le droit serait finalement devenu définitif, par réalisation de la condition tenant en l'octroi de la personnalité juridique avant le terme de la procédure.

V. ainsi 3^e civ., 9 oct. 1996, pourvoi n° 93-10225 ; *Procédures* 1996, n° 348, p. 7, obs. R. Perrot ; *RJC* 1998, n° 16, note D. Vellardochio ; rapp. 1^{re} civ., 11 mars 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 637, note M.-L. Coquelet. Si la personne morale est constituée au jour de l'acte introductif d'instance mais non encore dotée de la personnalité juridique, la solution ne devrait poser aucune difficulté. V. pourtant, en sens contraire, Com., 30 nov. 1999, *Bull.*, IV, n° 218 ; *D.* 2000, AJ, p. 38, obs. M. B., et comment., p. 627, note crit. E. Lamazerolles ; *JCP E* 2000, p. 369, note crit. H. Croze et S. Cayre ; *Dr. sociétés* 2000, n° 23, note Th. Bonneau ; *Bull. Joly* 2000, § 63, p. 331 ; *RTD com.* 2000, p. 368, obs. C. Champaud et A. Danet ; *Rev. sociétés* 2000, p. 512, et *Defrénois* 2000, art. 37260, p. 1295, note crit. M. Beaubrun ; *Gaz. Pal.*, 13 janv. 2001, note E. Du Rusquec ; 14 juin 2000, pourvoi n° 98-10617 ; *Bull. Joly* 2000, § 268, p. 1078, note crit. B. Saintourens, qui rejette l'action d'une société pour avoir été immatriculée le lendemain de l'assignation délivrée par elle plus de sept ans plus tôt : les demandeurs ont dû apprécier toute la rigueur opposée par les juges dans l'administration des délais... Et encore 20 juin 2006, *Bull.*, IV, n° 146 ; *Bull. Joly* 2006, § 291, p. 1419, note J.-J. Barbiéri ; *D.* 2006, AJ, p. 1820, obs. crit. A. Lienhard, et *D.* 2007, pan., p. 268, obs. crit. J.-C. Hallouin et E. Lamazerolles ; *JCP* 2007, I, 107, n° 1, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; *Dr. sociétés* 2007, n° 43, note H. Lécuyer ; *Rev. sociétés* 2007, p. 65, note J.-F. Barbiéri. Mais même si la demande était introduite au nom d'une personne morale absolument inexistante en fait, on devrait encore pouvoir admettre que la régularisation pût intervenir en cours de procédure, par création puis personnalisation juridique de cette personne morale avant le jugement : que l'on voie dans l'inexistence d'une partie au procès une exception de procédure pour irrégularité de fond ou une fin de non-recevoir, le Code de procédure civile ouvre en effet dans tous les cas cette faculté de régularisation (art. 121 et 126). Rappelant ainsi le juge à la lettre du Code : *D. GIBIRILA*, « L'incapacité d'ester en justice d'une société en formation et ses enjeux », *RJDA* 2006, p. 915 ; *C. BOURGEOIS*, « Société en formation et exercice d'une action en justice : enjeux théoriques et pratiques », *D.* 2008, chr., pp. 1160-1166. Comp. 2^e civ., 14 mai 2009, *Bull.*, II, n° 121, qui censure une cour d'appel au motif que la prétendue inexistence de la personne morale assignée ne consistait en l'occurrence qu'en une mauvaise désignation du défendeur dans l'acte introductif d'instance, lequel se trouvait par conséquent affecté d'un vice de forme plutôt que de fond et susceptible comme tel de régularisation.

On sera plus réservé en revanche sur la jurisprudence du Conseil d'État, qui tire de l'article 2 de la loi du 1^{er} juill. 1901 la solution selon laquelle « les associations, même non déclarées, peuvent se prévaloir d'une existence légale », pour considérer que « l'absence de déclaration ne fait pas obstacle à ce que, par voie du recours pour excès de pouvoir, toutes les associations légalement constituées aient qualité pour contester la légalité des actes administratifs faisant grief aux intérêts qu'elles ont pour mission de défendre », sans aucune condition de déclaration ultérieure, réservant ce faisant la prohibition portée par les articles 5 et 6 de la loi aux seules actions patrimoniales : CE, ass., 31 oct. 1969, n° 61310, *Synd. de défense des canaux de la Durance*, *Rec.*, p. 462 ; *AJDA* 1970, p. 252, obs. P. Lendon. *Adde*, en même sens, CE, 16 oct. 1985, n° 53759. V. encore CE, 23 janv. 2006, n° 284788, *Commune de Blauzac* ; *RJDA* 2006, n° 1221 ; *Rev. sociétés* 2007, p. 798, note N. Mathey, qui paraît se contenter d'une présentation des statuts à l'enregistrement au jour de l'introduction de l'instance pour en déduire la capacité à agir d'une société en formation, sans indiquer que celle-ci fut finalement immatriculée au jour de la décision des juges. On ne voit rien pourtant qui justifie d'admettre qu'une personne inexistante en droit puisse, sans autre condition, exercer quelque recours que ce soit, même limité au seul recours objectif destiné à critiquer la légalité d'un acte administratif, à part des conditions d'action exagérément strictes par ailleurs. Il serait moins extravagant d'accepter d'allonger enfin le délai de recours pour excès de pouvoir ou d'admettre qu'un second recours puisse être formé au cas de nullité du premier pour vice de procédure, ce d'autant plus à présent que le Conseil d'État s'est octroyé la faculté de moduler dans le temps les effets de la nullité d'un acte illégal (CE, ass., 11 mai 2004, n° 255 886, *Assoc. AC !*, *Rec.*, p. 197 ; *RJDA* 2004, p. 454, concl. Ch. Devys ; *AJDA* 2004, p. 1183, obs. C. Landais et F. Lenica ; *Les grands arrêts jur. adm.*, par M. Long, P. Weil, G. Braibant *et al.*, 17^e éd., Dalloz, 2009, n° 114 ; 25 févr. 2005, *France Télécom*, n° 247866, *Rec.*, p. 86).

personne morale en formation puisse être atraite en justice⁽²³³⁾ ou faire l'objet d'une procédure collective⁽²³⁴⁾. Il lui a même été finalement reconnu le droit d'enchérir à une procédure d'adjudication⁽²³⁵⁾.

Car, à la différence de l'enfant en gestation, la personne morale encore en formation a d'emblée vocation à mener une activité juridique, même linéamentaire. Il n'est dès lors pas rare que la personne, pourtant imparfaite, se fasse contractant.

B - L'IMPERFECTION DU CONTRACTANT

45. Une offre sous condition – Dès sa conception, la personne, même non encore achevée, peut contracter : elle le fera le plus souvent par la voix d'un représentant⁽²³⁶⁾ et

(233) En ce sens, v. ainsi Civ., 1^{re} sect., 5 juill. 1954, *Bull.*, I, n° 227 ; Soc., 21 juill. 1986, *Bull.*, V, n° 456, *Rev. sociétés* 1987, p. 43, note Y. Guyon. *Contra* cep. : Soc., 23 juin 2010, *Bull.*, V, n° 148, qui exerce sa censure au visa de l'article 32 du Code de procédure civile et sur ce motif : « *Attendu qu'est irrecevable toute prétention émise par ou contre une personne dépourvue du droit d'agir ; que cette situation n'est pas susceptible d'être régularisée lorsque la prétention est émise par ou contre une partie dépourvue de personnalité juridique* ». Par ailleurs, les quelques décisions qui étaient encore favorables à cette régularisation (v. encore CA Versailles, 23 mars 1982, *Gaz. Pal.* 1983, I, somm., p. 181) s'appuyaient sur une motivation ambiguë, dont il pouvait s'écarter que l'action intentée contre la personne morale en formation dût n'être en réalité admise que parce que le demandeur aurait légitimement pu croire à l'existence de la personnalité juridique de son litigant. Or la théorie de l'apparence, dont s'agit à mots couverts, n'a jamais sur cette question qu'une influence supplétive : elle pouvait seulement valider, en amont, l'acte juridique conclu au nom d'une personne morale en réalité dépourvue de toute existence juridique, pour être opposé à ses membres ou administrateurs prétendus, et, par suite seulement, autoriser pour la même raison le cocontractant resté dans cette ignorance à assigner la personne morale en lieu de ces derniers. Le recours à la théorie de l'apparence reste donc parfaitement inutile au cas où la personne morale revêtirait sa personnalité juridique en cours d'instance : on ne voit pas en effet pourquoi on opposerait directement aux membres du groupement ou aux administrateurs de la fondation un contrat conclu au nom d'une personne morale finalement constituée, conformément à la croyance initiale du cocontractant. Le fondement tiré de l'apparence demeurerait de plus parfaitement inefficace à justifier de la recevabilité de l'action au cas, précisément, où aucune apparence contraire ne pourrait être opposée aux membres ou administrateurs de la personne morale.

(234) Com., 12 janv. 1979, *D.* 1979, SC, p. 372, obs. F. Derrida ; 18 mai 1981, *Rev. sociétés* 1981, p. 855, note F. Dekeuwer-Défossez ; 10 mars 1987, *Bull.*, IV, n° 69 ; *JCP* 1987, II, 20830, note Y. Guyon ; *D.* 1987, SC, p. 355, obs. A. Honorat ; *Rev. sociétés* 1987, p. 587, note J.-P. Sortais. Ce dernier arrêt en effet, tout en prétendant poser en principe qu'« *une société en formation ne peut être assignée en règlement judiciaire ou en liquidation des biens, et que l'acquisition ultérieure de la personnalité morale ne peut justifier le prononcé de l'une de ces mesures* », réserve néanmoins l'hypothèse, seule pertinente, dans laquelle la société immatriculée aurait « *repris les engagements souscrits dont l'inexécution motivait l'assignation* ».

Le droit allemand admet ces mêmes solutions : v. K. PEGLOW, *Le contrat de société en droit allemand et en droit français comparés*, th. Paris II, 2002, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 402, 2003, n° 639, p. 363.

(235) On aurait pourtant pu lui refuser ce droit en considération de l'argument selon lequel subordonner l'adjudication à sa reprise ultérieure par l'acquéreur reviendrait à soumettre une décision de justice à une condition purement potestative et la confiner de ce fait à un simple effet facultatif (sur cet argument, v. *supra*, n° 42, note 219). C'est bien en ce sens que se prononçait traditionnellement la Cour de cassation (v. not. 2^e civ., 18 mai 1989, *Bull.*, II, n° 109 ; *JCP N* 1990, p. 205, obs. J.-P. Garçon ; 25 juin 1997, *Bull.*, II, n° 200 ; *Dr. sociétés* 1997, n° 141, note Th. Bonneau ; *Defrénois* 1997, art. 30684, p. 1287, obs. H. Hovasse). La jurisprudence a cependant fini par virer de bord (2^e civ., 19 déc. 2002, *Bull.*, II, n° 290 ; *Bull. Joly* 2003, p. 483, note B. Saintourens ; *Dr. & Patr.*, n° 117, juill.-août 2003, p. 97, obs. D. Poracchia ; *JCP E* 2003, 1203, n° 1, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker), au probable constat que le régime des actes conclus pour le compte d'une société en formation ne tend pas à leur anéantissement mais à leur maintien sur la tête du représentant (sur ce régime, v. *infra*, n° 50).

(236) Ce sera toujours le cas pour une personne physique simplement conçue, et ce le sera encore le plus souvent pour une personne morale en formation. En cette dernière hypothèse cependant, la personne morale, (suite p. suiv.)

sous la condition de sa perfection à venir. Il en ira ainsi qu'elle fût auteur (1) ou destinataire de l'offre (2).

1. L'imperfection de l'auteur de l'offre

46. Une offre subordonnée à l'achèvement de son auteur – Émise par une personne juridique inachevée, l'offre sera soumise à la condition de perfection de son auteur. Cette condition pourra se réaliser dès avant l'acceptation du destinataire (a) ou après celle-ci (b).

a. Le pollicitant inachevé au jour de l'offre

47. L'offre émise pour une personne physique en gestation – La personnalité juridique de la personne physique simplement conçue n'étant que conditionnelle⁽²³⁷⁾, l'offre que son représentant légal exprimerait en son nom sera nécessairement soumise à la même condition suspensive de sa naissance : l'offre existe d'ores et déjà, à condition que l'enfant naisse vivant et viable⁽²³⁸⁾. Il suffira que la naissance intervienne dans le délai de validité de l'offre pour que celle-ci devienne définitive ; l'acceptation retournée ultérieurement, et dans ce même délai, formera alors un contrat pur et simple avec la personne du nouveau-né⁽²³⁹⁾. À défaut pour l'enfant de naître vivant et viable, l'offre disparaîtra par caducité pour défaillance de sa condition suspensive ; à défaut de naître à temps, l'offre disparaîtra encore par caducité, pour expiration de son délai de validité.

L'ignorance qu'avait pu avoir le représentant de l'imperfection du représenté n'emportera aucune autre solution : l'offre émise pour le compte de l'enfant à naître demeurera nécessairement soumise à cette condition, quand bien même le père aurait-il cru l'enfant né⁽²⁴⁰⁾. Il n'est aucune raison en effet de considérer par principe que l'offre n'aurait pas été même exprimée si le représentant avait su que l'enfant était encore à venir. Établirait-il le caractère déterminant de son erreur que celle-ci ne serait jamais que la sienne, insusceptible de valoir pour un représenté qui ne pouvait, quant à lui, se méprendre sur sa propre existence⁽²⁴¹⁾. La solution vaudra donc également au cas inverse où le représentant

même encore privée de personnalité juridique, pourrait déjà s'exprimer sans représentation, par la voix de ses membres réunis en assemblée (v. déjà *supra*, n° 21, note 31).

(237) V. *supra*, n° 23, *in medio*, et n° 42.

(238) Sur cette condition, v. *supra*, n° 41. L'offre soumise à une condition casuelle est ferme, au contraire de celle soumise à une condition purement potestative : v. *infra*, n° 157.

(239) Sur le régime de ce contrat, v. *supra*, n° 42.

(240) L'hypothèse n'est pas absolument invraisemblable : le père pourrait ne pas être aux côtés de la mère et se fier pour cette raison à l'information erronée qu'il aurait pu recevoir de la naissance.

(241) S'il peut être déterminant de savoir si l'on s'engage soi-même de façon pure et simple ou sous condition, cette modalité devient tout à fait indifférente lorsqu'elle ne renseigne que l'obligation d'un représenté ne pouvant se lier, par hypothèse, qu'une fois la condition réalisée. Strictement en effet, l'enfant à naître ne contracte pas sous condition : il contracte purement et simplement au titre d'un acte subissant la condition

(suite p. suiv.)

aurait émis une offre pour le compte d'une personne qu'il croyait encore future et éventuelle pour ne pas avoir été même conçue : l'offre serait d'ores et déjà conditionnelle si l'enfant était en réalité conçu au jour de l'émission, comme elle le serait devenue par la suite, et elle pourra même être pure et simple, dépourvue de toute condition, si l'enfant devait déjà être né à cette même date.

La croyance du destinataire ne devrait pas avoir plus d'incidence : qu'il ait cru à une offre exprimée pour le compte d'une personne éventuelle, conditionnelle ou certaine, son acceptation formera toujours un contrat qui sera pur et simple ou conditionnel en seule fonction de l'état parfait ou imparfait de son cocontractant à cette date. Seul importera, à son endroit, qu'il ait cru à l'existence d'une offre⁽²⁴²⁾. Il n'en ira autrement que si l'acceptant s'est mépris sur l'identité même du pollicitant : selon que l'offre fut émise par représentation parfaite ou imparfaite, il aura l'enfant ou son représentant comme cocontractant, et l'on présume que cela ne lui fut pas indifférent⁽²⁴³⁾.

48. L'offre émise pour une personne morale en formation – La personne morale est en formation lorsqu'elle est suffisamment organisée pour exister⁽²⁴⁴⁾ sans toutefois qu'il lui soit déjà attribué la qualité de sujet de droit à laquelle elle aspire⁽²⁴⁵⁾ ; à ce stade, la personne juridique est encore conditionnelle⁽²⁴⁶⁾. L'offre émise au nom d'une personne morale en formation sera donc soumise, comme la personne physique, à la même condition suspensive que celle de son auteur. À la différence néanmoins de la volition exprimée en représentation d'une personne physique, l'offre faite au nom d'une personne morale en formation sera susceptible, *pendente conditione*, de valoir pour chacun de ses membres⁽²⁴⁷⁾.

Plutôt que de réputer l'ensemble des associés engagés par l'offre émise en représentation de la société en formation, comme l'exigeraient les intérêts économiques censés gouverner les solutions ici retenues⁽²⁴⁸⁾, la jurisprudence a réservé, hors texte, cette charge aux seuls

d'existence de son auteur. Rapp. l'ignorance par le représentant de la complète inexistence de son représenté, *supra*, n° 30, spéc. note 146, ou de sa disparition, *infra*, n° 75, spéc. note 467.

(242) D'autant que, en l'occurrence, la condition de la naissance sera réalisée au jour de son acceptation, et qu'il paraît par conséquent assez peu sérieux de prétendre qu'il aurait pu être déterminant pour l'acceptant de contracter sous condition plutôt que sans. Seule l'hypothèse inverse devrait lui permettre d'établir un réel malentendu (v. *infra*, n° 49, *in fine*, spéc. note 270).

(243) Sa croyance légitime lui permettant néanmoins d'opposer en toute occurrence le contrat au pollicitant apparent : v. *infra*, n° 229 et s.

(244) Sur les conditions de cette existence, v. *supra*, n° 26. La personne sociale peut donc exister dès avant la rédaction de ses statuts, qui ne constituent que l'*instrumentum* du contrat de société, dès lors qu'elle est suffisamment organisée pour exprimer une volonté collective. V. ainsi Com., 23 mai 1977, *Bull.*, IV, n° 126. Rapp. C. CHAMPAUD, *RTD com.* 1969, p. 995 ; J.-P. SORTAIS, *in Rép. sociétés*, Dalloz, v° Constitution des sociétés, 2004, n° 173, p. 26.

(245) Sur les conditions de cette attribution, v. *supra*, n° 27. Si elle n'y aspire pas, la personne morale privée de personnalité juridique sera néanmoins pleinement constituée, et l'on parlera alors de participation (voire de personne morale créée de fait si l'on devait exceptionnellement reconnaître l'existence d'une personne morale en l'absence de toute intention constitutive, même tacite, de ses membres : v. *supra*, n° 26, spéc. note 101).

(246) V. *supra*, n°s 43 et 44.

(247) Dans l'hypothèse donc où la personne morale est de nature corporative, et non pas fondative. Sur l'obligation personnelle du représentant, v. *infra*, n° 50.

(248) V. *infra*, n° 50, *in limine*, spéc. note 272.

associés ayant spécialement et personnellement mandaté le représentant social⁽²⁴⁹⁾, niant purement et simplement de cette façon la préexistence du contrat de société et de la personne morale sur l'acquisition de sa personnalité juridique⁽²⁵⁰⁾. Dès l'accord constitutif des parties en effet, la personne sociale existe, même privée de la qualité de sujet de droit⁽²⁵¹⁾, et l'on ne voit rien qui fonde, ni en droit ni en opportunité, le refus de reconnaître la volonté qu'elle pourrait exprimer par la voix de ses membres assemblés. Pourquoi dès lors exiger l'accord unanime des associés pour admettre l'engagement personnel de chacun d'entre eux au titre des offres émises au nom de la société en formation ? Le vote exprimé à la majorité des membres, manifestation de la volonté de la personne morale, justifiera assez leur engagement respectif, de la même façon que le principe majoritaire primera, la personnalité juridique acquise, la volonté des associés récalcitrants⁽²⁵²⁾. Que l'offre soit par cette décision collective directement exprimée, qu'il s'agisse – plus souvent – de conférer un pouvoir spécial ou général⁽²⁵³⁾ de représentation à l'un des associés ou à un tiers⁽²⁵⁴⁾, ou

(249) V. par ex. Com., 20 nov. 1990, *Bull.*, IV, n° 296 ; *Bull. Joly* 1991, p. 204, note P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1991, p. 71. Dans le même silence législatif, la Cour fédérale de justice, en Allemagne, a adopté la solution contraire, estimant l'ensemble des associés de la *GmbH* en formation engagés à hauteur de leurs apports (*BGH*, 15 déc. 1975, *BGHZ* 65, p. 378 et s., spéc. p. 384), jusqu'à n'obliger même directement que la société en formation (*BGH*, 27 janv. 1997, *NJW* 1997, p. 1507, note H. Altmeppen).

(250) V. ainsi Com., 12 févr. 1991, *Bull.*, IV, n° 73 (*Bull. Joly* 1991, p. 633, note Ph. Pétel ; *PA* 11 mai 1994, n° 56, p. 15, note F. Derrida), qui estime que ceux qui agissent au nom de la société en cours de formation ne peuvent être considérés comme ses mandataires. La Cour de cassation paraît avoir été exagérément impressionnée ici par la valeur constitutive conférée à l'immatriculation de la société commerciale par la loi du 24 juillet 1966 (art. 5, al. 1^{er} ; C. com., art. L. 210-6, al. 1^{er}). La solution était naturellement contraire sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867, qui ne subordonnait pas la personnalité juridique de la société à son immatriculation, et il est douteux, à défaut d'autre disposition particulière de la loi nouvelle, qu'il fût de l'intention du législateur de tirer cet effet du report de la personnalité juridique que les associés dussent être dorénavant libérés jusqu'à cette date de leurs engagements statutaires.

(251) V. *supra*, nos 25 et 27.

(252) Les conditions du vote dépendront en réalité du type de groupement, voire de l'objet de l'engagement contracté avec le tiers. Si l'unanimité demeurera effectivement requise pour les groupements à responsabilité illimitée, la majorité devrait prévaloir par principe dans tous les groupements à responsabilité limitée. En ce sens, v. ainsi M. VION, « Bref aperçu de la loi du 4 juillet 1978 relative au contrat de société, à la société civile et à la société en participation », *Deffrénois* 1978, art. 31725, p. 657 et s., spéc. n° 26 ; E. PAILLET, « L'activité de la société en formation », *Rev. sociétés* 1980, pp. 419-442, spéc. pp. 427-430 ; I. TCHOTOURIAN, « À propos du flou entourant les rapports internes d'une société en formation », *PA* 7 sept. 2000, n° 179, p. 4 et s. V. encore C. com., art. R. 210-7 (rédict. décr. 67-236 du 23 mars 1967, art. 67), d'où il résulte, pour les sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne, que le pouvoir ou la ratification des actes passés pour le compte de la société en formation est donné aux conditions de majorité de l'assemblée générale constitutive. On s'accorde en ce cas pour rendre les associés minoritaires responsables au même titre que ceux qui auront voté le mandat ou la ratification. V. par ex. G. DAUBLON, « Validité des actes et contrats réalisés par les sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce », *Deffrénois* 1997, art. 31393, pp. 657-681, spéc. n° 23, pp. 677-679, du bout des lèvres ; D. GIBIRILA, in *J.-Cl. Civ.*, Art. 1832 à 1844-17, fasc. 20, « Société – Dispositions générales - Immatriculation de la société », 2000, n° 55, p. 23.

La volonté collective aura également pu s'inscrire *ab initio* dans les statuts, qu'il se soit agi d'annexer les actes d'ores et déjà passés et, ce faisant, de les ratifier (C. com., art. R. 210-5 et R. 210-6, al. 1 et 2, rédict. décr. 67-236 du 23 mars 1967, art. 26 et 74 ; décr. 78-704 du 3 juill. 1978, art. 6, al. 1 et 2), ou de conférer un pouvoir de représentation à l'un des fondateurs (al. 3). Mais l'unanimité des membres sera alors, par hypothèse, nécessairement acquise.

(253) Pourquoi limiter en effet la représentation de la société en formation au seul pouvoir spécialement conféré pour l'accomplissement de certains actes déterminés (C. com., art. R. 210-5, al. 3, rédict. décr. 67-236 du 23 mars 1967, art. 26 ; et décr. 78-704 du 3 juill. 1978, art. 6, al. 3) ? Ici encore, une telle restriction (v. par ex. Com., 21 juill. 1987, *Bull.*, IV, n° 209 ; *Rev. sociétés* 1987, p. 590, note P. Le Cannu ; *PA* 2 nov. 1987, n° 131, p. 4, note P. Moretti) s'oppose à la pleine reconnaissance de la personnalité morale de la société, qui

(suite p. suiv.)

que les associés ne fassent que ratifier un engagement antérieurement conclu pour le compte de la société⁽²⁵⁵⁾, le vote de l'assemblée devrait engager l'ensemble des membres de la personne morale privée de personnalité juridique. Et leur engagement ne devrait pas dépasser en ce cas la mesure de l'obligation aux dettes sociales qu'ils ont, selon la nature du groupement, originairement consenti à supporter⁽²⁵⁶⁾. À défaut seulement de cette volonté collective, le représentant ne disposera d'aucun pouvoir à agir pour le compte de la société, et il ne pourra effectivement qu'intervenir alors pour le compte de ceux des associés qui lui auront spécialement et personnellement conféré ce pouvoir, engageant indéfiniment leur patrimoine personnel, ainsi que le décide exclusivement le droit positif.

Plutôt que d'admettre que la seule immatriculation de la société, attributive de la qualité de sujet de droit, puisse opérer *ipso jure* réalisation de la condition suspendant l'existence des offres antérieurement émises en représentation de la personne morale, la jurisprudence, dépassant ici la solution précédemment retenue, exige systématiquement la reprise ultérieure, et ce au cas même où l'unanimité aurait été préalablement acquise⁽²⁵⁷⁾. Dès lors

n'attend pas son immatriculation pour s'organiser (rappr. obs. crit. Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. I, *Droit commercial général et Sociétés*, 12^e éd., Economica, 2003, n° 169, pp. 172-173). Il n'est aucune raison de ne pas appliquer *pendente conditione* les règles statutaires que l'on appliquera une fois la personnalité juridique rétroactivement conférée (arg. C. civ., art. 1842, al. 2 : « Jusqu'à l'immatriculation, les rapports entre les associés sont régis par le contrat de société »). V. en ce sens les auteurs précités *supra*, note préc. *Adde*, au moins pour les relations entre associés : Y. CHARTIER, « La société dans le Code civil après la loi du 4 janvier 1978 », *JCP* 1978, I, 2917, n° 122 ; J. DERRUPPÉ, *Les sociétés après la réforme de 1978*, Cridon Bordeaux-Toulouse, 1979, p. 17 ; R. MICHA GOUDET, *La formation des sociétés*, th. Lyon, 1993, pp. 326-331, puis R. BESNARD GOUDET, fasc. préc. (*supra*, note 231), n°s 69 et 72, pp. 13-14, qui fait remarquer en particulier que l'absence de personnalité juridique de la société en participation n'empêche pas l'application de ses statuts. Or, aucun mandataire social ne voit par principe ses pouvoirs de représentation limités à certains actes prédéterminés : le représentant statutaire dispose, sauf clause contraire, de la faculté d'engager la société dans la conclusion de tout acte relevant de son objet social. Cet objet se limitant, en période de formation, aux actes nécessaires ou utiles à cette constitution, les associés échapperont en toute occurrence aux engagements ouvertement passés pour le compte de la personne morale en formation s'il devait être constaté que ceux-ci dépassaient la simple fonction constitutive pour caractériser déjà l'exercice d'une activité économique. La formation éventuellement requilibrée à ce titre en participation, les associés qui ne se seront pas volontairement révélés aux tiers contractants demeureront toujours étrangers à ces engagements (C. civ., art. 1872-1).

(254) Ici encore, les dispositions réglementaires font preuve d'une rigueur excessive en réservant l'attribution de ce pouvoir aux seuls associés (C. com., art. R. 210-6, al. 3, et R. 210-7, al. 4, rédact. décr. 67-236 du 23 mars 1967, art. 67 et 74, pour les sociétés anonymes), voire au gérant non associé désigné par les statuts (C. com., art. R. 210-5, al. 3, rédact. décr. préc., art. 26, pour les sociétés à responsabilité limitée ; décr. 78-704 du 3 juill. 1978, art. 6, al. 3, pour les sociétés civiles).

(255) Com., 14 janv. 2003, pourvoi n° 00-12557 ; *Bull. Joly* 2003, § 94, p. 483, note B. Saintourens ; *Dr. & Patr.*, juill. 2003, p. 95, obs. D. Poracchia.

(256) V. ainsi, pour l'ensemble de cette solution, P. DIDIER, « L'article 1843 du Code civil ou de la difficulté d'être européen », in *Le juge entre deux millénaires – Mélanges offerts à Pierre DRAI*, Dalloz, 2000, pp. 549-554, spéc. n°s 3 à 5, pp. 550-551.

(257) V. par ex. Com., 6 déc. 2005, *Bull.*, IV, n° 244 ; D. 2006, AJ, p. 233, obs. crit. A. Lienhard, et D. 2007, pan., p. 267, obs. crit. J.-C. Hallouin et E. Lamazerolles ; *RTD com.* 2006, p. 118, obs. crit. C. Champaud et D. Danet ; *Dr. sociétés* 2006, n° 35, note crit. H. Lécuyer ; *Bull. Joly* 2006, p. 517, note crit. P. Le Cannu, imposant la reprise par la société immatriculée du contrat de bail préalablement conclu en son nom puis ratifié avant immatriculation par la totalité des associés. V. encore Com., 23 mai 2006, *Bull.*, IV, n° 130 ; D. 2006, AJ, p. 1602, obs. crit. A. Lienhard, et D. 2007, pan., p. 267, obs. crit. J.-C. Hallouin et E. Lamazerolles ; *AJDI* 2006, p. 855, obs. S. Porcheron. *Adde*, lorsque la société en formation est unipersonnelle : Com., 31 mai 2005, *Bull.*, IV, n° 123 ; D. 2005, AJ, p. 1700, obs. crit. A. Lienhard ; *RTD com.* 2005, p. 529, obs. crit. C. Champaud et D. Danet, qui, comble du formalisme, exige encore de l'associé unique d'une EURL immatriculée de réitérer l'engagement déjà souscrit par lui au nom de la société en formation.

(suite p. suiv.)

que l'on reconnaît que la volonté collective du groupement peut s'exprimer autrement qu'à l'unanimité, on élèvera au contraire en principe que la seule acquisition de la personnalité juridique vaut réalisation de la condition suspensive, et l'on réservera l'exigence de reprise supplémentaire au seul cas où la volition de la personne morale ne se serait pas antérieurement exprimée, non seulement par consensus, mais également par simple accord majoritaire⁽²⁵⁸⁾. De quel raisonnement logique pourrait-il en effet s'évincer que la volonté une fois émise ne suffirait pas à engager son auteur? Exige-t-on du mandataire régulièrement commis d'obtenir de son mandant la réitération du consentement initialement donné pour pouvoir lui opposer les actes qu'il aura conclus pour son compte? Que le mandant fût en l'occurrence dotée d'une personnalité juridique conditionnelle ne modifie en rien l'analyse, tant que l'on reconnaît l'existence de la volonté de la personne morale en formation⁽²⁵⁹⁾. Le domaine de la reprise ne vaut en réalité, et en raison, qu'au cas où l'offre aurait été émise sans pouvoir pour le compte de la personne morale, dans l'hypothèse donc où l'assemblée de ses membres n'en aurait conféré aucun. En ce cas en effet, le droit commun de la représentation exigera la ratification ultérieure du représenté, et si celle-ci n'avait pas été donnée du temps de la période constitutive⁽²⁶⁰⁾, alors elle devra l'être une fois la personnalité juridiquement entérinée⁽²⁶¹⁾.

Cette condition réalisée, l'offre émise pour le compte de la personne morale en formation deviendra pure et simple et l'acceptation ultérieurement retournée dans le délai de validité formera le contrat sur sa tête. L'offre tombera au contraire par caducité si ce

La plupart des auteurs opinent au moins pour la règle du consensus, selon laquelle la reprise pourrait intervenir par simple immatriculation au cas où l'ensemble des associés auraient consenti à chacun des actes passés pour le compte de la société en formation, argument pris alors que « *les principes généraux du droit applicable aux contrats et obligations* » (C. civ., art. 1842, al. 2) exigent bien, au nom de la liberté contractuelle, l'unanimité originaires des volontés. On remarquera cependant qu'il n'est pas interdit aux parties de convenir unanimement qu'elles se soumettront par la suite à la volonté de la majorité, et que tel est bien l'effet du contrat de société (lorsque, du moins, celui-ci prend la forme d'un groupement à risque limité). De sorte que l'immatriculation devrait pouvoir emporter reprise de tous les actes émis pour le compte de la société par son représentant, statutaire ou ultérieurement désigné en assemblée. Observons en outre que les conditions réglementaires de reprise n'imposent pas en elles-mêmes l'accord unanime des associés, hors l'hypothèse de l'état annexé aux statuts. Mieux, l'article 6, alinéa 4, du décret du 3 juillet 1978 précise que la reprise décidée après immatriculation interviendra quant à elle « *à la majorité des associés* », alors même que, s'agissant de sociétés à responsabilité illimitée, l'accord de tous les associés aurait cette fois dû être requis.

(258) Au moins pour les sociétés à risque limité (v. *supra*, eod. num., note 252).

(259) V. *supra*, n° 26. Comp. lorsque le représenté est une personne physique en gestation, aucune volition n'ayant effectivement alors pu être recueillie.

(260) V. Com., 14 janv. 2003, préc., *supra*, note 255.

(261) Pour l'extension du mécanisme de reprise à toute personne morale : Civ., 14 déc. 1886, DP 1887, I, p. 103 ; 12 févr. 1912, DP 1912, I, p. 213 ; CA Versailles, 3 mai 1990, Bull. Joly 1990, § 180, p. 648, note M. Jeantin, et RTD com. 1990, p. 601, même obs. ; 1^{re} civ., 4 juill. 1995, pourvoi n° 93-18432, s'agissant d'une acquisition faite pour le compte d'une association non encore déclarée. En ce même sens, v. J. PATARIN, « Rapport sur les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit civil français », in *Les groupements et organismes sans personnalité juridique*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XXI, 1969, Dalloz, 1974, pp. 36-64, spéc. p. 57 ; *Rendre plus attractif le droit des fondations*, Rapp. Conseil d'État, Doc. fr., 1997, pp. 47-49. V. encore la loi belge du 2 mai 2002, art. 9 (*Mon. belge*, 18 oct. 2002, p. 47772), qui a étendu le régime de la société en formation aux associations sans but lucratif (ASBL).

même délai devait expirer ou la condition défaillir avant acceptation⁽²⁶²⁾. Comme pour toute obligation soumise à condition, on réputera l'événement empêché lorsqu'il sera acquis que la condition ne pourra plus se réaliser dans un temps raisonnable correspondant à la volonté présumée des parties. En l'occurrence, il faudra donc que la personne morale ait refusé, même tacitement, de ratifier une offre antérieurement émise pour son compte et sans pouvoir, ou qu'elle ait renoncé à obtenir la qualité de sujet de droit, condition de son engagement⁽²⁶³⁾.

Et l'ignorance des parties ne sera pas nécessairement ici anodine. Certes, le représentant qui émettrait une offre pour le compte d'une personne morale entérinée qu'il aura préjugée encore en formation⁽²⁶⁴⁾ ne disposera d'aucune action : cette erreur-là sera, sauf preuve contraire, réputée indifférente, car l'intéressé aura simplement échappé de cette façon à une obligation personnelle⁽²⁶⁵⁾. Mais intervenant, à l'inverse, pour le compte d'une personne morale en formation qu'il aura crue d'ores et déjà dotée de la personnalité juridique, le représentant, fait par la loi débiteur personnel du destinataire⁽²⁶⁶⁾, aura cette fois commis une erreur réputée exclusive de tout consentement⁽²⁶⁷⁾ – tant du moins que le représenté n'aura pas acquis la qualité de sujet de droit⁽²⁶⁸⁾. Le destinataire pourrait de son côté accepter l'offre d'une personne morale achevée qu'il aura cependant regardée comme étant

(262) Les associés échapperont donc, comme les représentants, à tout engagement personnel. Comp. lorsque l'acceptation sera retournée *pendente conditione*, *infra*, n° 50, spéc. note 274.

(263) La personne morale en formation deviendrait alors personne morale en participation. Mais la volition antérieurement exprimée n'engagera alors plus le représentant (sur cet engagement, v. *infra*, n° 50) : on ne pourra déduire en effet de son silence aucune volonté de maintenir l'offre au-delà de sa caducité, car la représentation d'une personne morale n'oblige pas dans la même mesure selon que celle-ci est encore en formation (engagement du représentant sous condition résolutoire) ou déjà en participation (engagement pur et simple de celui-ci). Comp. au cas où la personne morale en participation apparaîtrait une fois le contrat formé sous condition, *infra*, n° 50, note 274.

(264) Un représentant statutaire commettra difficilement cette erreur, normalement chargé de procéder en outre aux formalités constitutives de la personnalité juridique. Mais cette dernière mission pourrait être confiée à un autre que lui, auquel cas le représentant désigné par les statuts serait susceptible de se méprendre un temps sur l'état de constitution de la personne morale. Une telle dissociation se retrouverait encore si, à l'inverse, le pouvoir de contracter pour le compte de la personne morale en formation avait été spécialement conféré à un autre que le dirigeant : ce mandataire pourrait à son tour ignorer que son mandat était, ou n'était pas, juridiquement achevé.

(265) Sur cette obligation, v. *infra*, n° 50. On considérera en effet, par égard pour le principe de représentation, qu'il n'était pas déterminant pour le représentant de s'obliger personnellement (comp., *infra*, *eod. num.*, note 267).

(266) V. *infra*, n° 50.

(267) Plus qu'un simple vice du consentement, cette illusion a provoqué chez lui une erreur portant sur la nature même de l'obligation : contrat pour autrui ou engagement personnel. Dès lors en effet que le représentant est présumé agir, comme ici, en son nom propre, pour le compte de la personne morale (sur cette présomption, v. not. *infra*, n° 50), l'erreur commise sera juridiquement la sienne et non pas celle, impossible sur ce point, du représenté (comp. pour la représentation de la personne physique, que l'on présume parfaite, *supra*, n° 47, spéc. note 241). Quant à l'offre de contrat pour autrui, seule émise, elle n'acquerra sa validité qu'avec l'attribution ultérieure de la personnalité juridique à la personne morale (v. *infra*, note suiv.).

(268) Voire encore, *de lege lata*, jusqu'à la reprise postérieure de l'engagement par la personne morale (sur cette anomalie, v. *supra*, *eod. num.*, spéc. note 257). Sur cette rémanence de l'offre originellement stérile, v. déjà *supra*, n° 30, *in medio*, spéc. note 140.

encore en formation ; mais peu importera pour celui qui entendait, en toute occurrence, contracter, *in fine*, avec la personne morale plutôt qu'avec ses membres et représentants⁽²⁶⁹⁾.

Le contrat sera ainsi pleinement formé si la personnalité juridique de l'auteur représenté est définitivement acquise au jour de l'acceptation. Il en ira autrement si le pollicitant devait être encore inachevé à cette même date.

b. Le pollicitant inachevé au jour de l'acceptation

49. L'acceptation retournée à une personne physique en gestation – L'enfant peut n'être pas encore né au jour de l'acceptation de l'offre émise pour son compte. Renvoyée dans le délai de validité de la proposition, l'acceptation du destinataire formera un contrat sous condition suspensive de la naissance du pollicitant.

Certes, en pratique, le destinataire de l'offre attendra le plus souvent le terme de la grossesse pour retourner son acceptation. Mais il pourrait vouloir accepter de façon anticipée au cas, par exemple, où le terme du délai de validité de l'offre ne lui permettrait pas de retarder son acceptation ou s'il ignorait simplement l'état de gestation du pollicitant⁽²⁷⁰⁾ ; et il pourrait même trouver un intérêt particulier dans la réalisation rétroactive de la condition au jour de son acceptation.

50. L'acceptation retournée à une personne morale en formation – L'offre faite pour le compte d'une personne morale en formation pourra être acceptée, dans son délai de validité, au cours de cette même période constitutive. Le contrat se formera alors sous condition suspensive de la personnalisation juridique de son représenté voire, le cas échéant, de sa ratification⁽²⁷¹⁾.

Dans l'intérêt des tiers contractants⁽²⁷²⁾, et en vue de favoriser l'intérêt économique, la loi impose que celui qui a agi pour le compte de la société en formation soit ordinairement tenu des engagements conditionnels de celle-ci⁽²⁷³⁾. Dans ce système,

(269) Comp. lorsque, à l'inverse, le destinataire aura cru accepter l'offre d'une personne morale sujet de droit à une date où elle ne bénéficiait pas encore de la personnalité juridique, *infra*, n° 50, spéc. note 287.

(270) Contractant alors sous condition suspensive plutôt que purement et simplement, l'acceptant pourra toutefois se prévaloir, à condition de l'établir, du fait que le caractère incertain de l'engagement ne correspond plus à la volonté qui était la sienne : il espérait une exécution immédiate et on lui impose une indécise attente. S'il prouve son fait, l'acceptant établira l'inexistence du contrat, non pour inachèvement de son cocontractant, mais pour malentendu avec le pollicitant : v. *infra*, n° 223 et s., spéc. n° 228.

(271) Au cas d'offre émise sans pouvoir par représentation imparfaite (v. *supra*, n° 48).

(272) V. ainsi CA Paris, 11 juin 1971 (*Gaz. Pal.* 1971, II, p. 673, note P. Delaisi ; *JCP* 1972, II, 16981, note Y. Guyon ; *Rev. sociétés* 1972, p. 222, note J.-P. Sortais), qui juge que l'article 5, alinéa 2, de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 « n'a pas pour objet uniquement la protection des intérêts des associés mais aussi et surtout la protection des intérêts des tiers qui traitent avec des personnes agissant au nom d'une société en formation ».

(273) Dir. CEE n° 68/151 du 9 mars 1968, art. 7, puis dir. CE n° 2009/101 du 16 sept. 2009, art. 8 ; C. com., art. L. 210-6, al. 2 (L. 66-537 du 24 juill. 1966, art. 5, al. 2), et L. 251-4, al. 2 (ord. 67-821 du 23 sept. 1967, art. 3, al. 2), pour les GIE ; C. civ., art. 1843 (rédict. L. 78-9 du 4 janv. 1978). Le motif ne valant pas pour les actes passés pour le compte des enfants à naître, cette règle dérogatoire de s'y applique pas : le représentant de l'enfant, conformément au droit commun, n'est pas censé s'engager personnellement au cas de défaillance de la condition (v. *supra*, n° 47).

le représentant est donc personnellement et immédiatement obligé, sous condition résolutoire de l'immatriculation du représenté, de même que ce dernier est, à l'inverse, d'ores et déjà engagé, sous condition suspensive de ce même événement⁽²⁷⁴⁾. Plus encore, le représentant serait ainsi tenu dans l'hypothèse même où il aurait contracté par représentation parfaite, au nom de la personne morale en formation⁽²⁷⁵⁾, alors que les principes gouvernant le mécanisme de la représentation parfaite suggèrent au contraire que le représentant soit en ce cas juridiquement transparent. C'est ainsi que, même stipulant au nom de la personne morale, le représentant est systématiquement réputé par le droit positif agir en son nom propre, par représentation imparfaite⁽²⁷⁶⁾.

On note du reste que le principe de l'engagement personnel du représentant contractant en son nom est général en matière commerciale : telle est bien en effet la solution posée par la jurisprudence pour tout commissionnaire (Com., 7 mai 1962, *Bull.*, III, n° 240 ; Com., 18 oct. 1994, *Bull.*, IV, n° 308 ; *JCP* 1995, I, 3853, n° 1, obs. G. Viney), lequel est de cette façon réputé contracter non seulement pour le compte de son commettant à l'égard de celui-ci, mais également pour son propre compte à l'égard du tiers cocontractant. La solution se justifie aussi en droit : il est normal de présumer que les parties n'ont pas voulu supporter dans l'exercice de leur activité économique l'incertitude d'une condition tenant en la ratification éventuelle du représenté. Rien à ce stade ne paraît donc s'opposer à l'extension de cette solution aux représentants de toute personne morale en formation, groupement ou fondation. Il n'est pas sûr en revanche que la même solution s'imposait hors de ce cadre et que la Cour de cassation était tenue de poser pour principe de droit commun que « le mandataire qui traite en son propre nom avec un tiers devient le débiteur direct de ce dernier, sauf son recours contre le mandant » (3^e civ., 17 oct. 1972, *Bull.*, III, n° 538 ; 1^{re} civ., 17 nov. 1993, *Bull.*, I, n° 329 ; *Deffrénois* 1994, art. 35845, p. 791, obs. Ph. Delebecque). Car on peut fort bien contracter en son nom propre pour le compte d'un tiers sans vouloir assumer pour autant l'engagement ainsi stipulé : si le porte-fort s'engage à obtenir la ratification du représenté il ne contracte pas l'obligation d'exécuter lui-même la prestation attendue, et l'on conçoit bien que, en l'absence d'une telle promesse, le représentant puisse n'être même obligé à rien.

(274) Pour cette analyse, v. par ex. D. GIBIRILA, fasc. préc. (*supra*, note 252), n° 24, p. 10. Adde S. GILCART, *La société en formation*, th. Namur, 2004, Kluwer, 2005, n°s 83 à 85, pp. 115-117, spéc. note 69, et encore n° 398 d, pp. 496-497. Il en résulte que le représentant demeurera seul tenu au cas où la société devait n'être jamais immatriculée : la société en formation à présent requalifiée en participation, il faudrait en effet, pour engager les associés mandants à l'égard du tiers cocontractant, que ceux-ci se soient volontairement révélés à lui (C. civ., art. 1872-1) ; à défaut, leur procuration ne les obligera qu'envers le mandataire désigné (comp. l'hypothèse où la transformation en participation aurait opéré avant l'acceptation du destinataire, *supra*, n° 48, spéc. notes 262 et 263). On n'a pas manqué de relever à quel point cette logique conditionnelle, jointe à l'exemption jurisprudentielle accordée aux associés au cours de cette période constitutive (v. *supra*, n° 48), méconnaissait les intérêts du tiers que l'on prétendait protéger, celui-ci subissant l'aléa d'un événement qui pourrait le voir, *in fine*, créancier du seul représentant (v. P. DIDIER, *op. cit.* (*supra*, note 101), pp. 146-147).

(275) La lettre des dispositions précitées est en ce sens. V. dir. CEE n° 68/151 du 9 mars 1968, art. 7, puis dir. CE n° 2009/101 du 16 sept. 2009, art. 8 : « Si des actes ont été accomplis au nom d'une société en formation [...], les personnes qui les ont accomplis en sont solidairement et indéfiniment responsables » ; C. civ., art. 1843 : « Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant l'immatriculation sont tenues des obligations nées des actes ainsi accomplis » ; C. com., art. L. 210-6, al. 2 : « Les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant qu'elle ait acquis la jouissance de la personnalité morale sont tenues solidairement et indéfiniment responsables des actes ainsi accomplis », formulation reprise pour les GIE sous l'art. L. 251-4, al. 2. Comp. D. BASTIAN, « La situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce », in *Études de droit commercial à la mémoire de Henry CABRILLAC*, Litec, 1968, pp. 23-35, spéc. pp. 31-32, qui considère pour sa part que le représentant de la personne morale en formation agit bien plutôt par représentation imparfaite.

(276) Jugé ainsi, hors le droit des sociétés mais *a simili*, que « le prêt contracté au nom d'une association non déclarée [...] n'engage que celui qui se dit son représentant » (1^{re} civ., 5 mai 1998, *Bull.*, I, n° 159). On doit dès lors logiquement appliquer la même solution aux contrats passés par les administrateurs d'une fondation au nom de celle-ci dans l'attente de la reconnaissance d'utilité publique ou de l'autorisation administrative ; la réalisation de la condition attributive échappant cette fois au pouvoir des représentants, ceux-ci auront intérêt à agir avec la plus grande réserve, sous le risque de se voir personnellement et définitivement imputer les engagements pris pour la fondation.

Il faudrait donc, pour véritablement imposer le jeu de la représentation parfaite, que les parties, non seulement contractent au seul nom du représenté, mais écartent spécialement, en outre, tout engagement personnel du représentant. Le droit européen reconnaît expressément, si besoin était, la validité de cette

(suite p. suiv.)

Le principe de l'engagement personnel du représentant imparfait, quelle qu'en soit la mesure⁽²⁷⁷⁾, se justifie logiquement dans un système qui maintient sous silence la personne morale en formation : n'ayant pu valablement obtenir quelque accord du représenté⁽²⁷⁸⁾, le représentant sera tenu comme le seraient tous ceux qui prétendraient mener une activité économique pour le compte d'autrui⁽²⁷⁹⁾. Dès lors que l'on reconnaît au contraire la préexistence de la personne morale, on préférera réduire l'engagement du représentant à la seule hypothèse où celui-ci n'aurait pas préalablement obtenu d'elle le pouvoir d'agir pour son compte⁽²⁸⁰⁾. Même ainsi circonscrite, cette solution n'échapperait encore pas à la critique : par nature en effet, la personne morale en formation n'exerce aucune activité économique, l'objet social se limitant au cours de cette période préliminaire à la réalisation d'actes nécessaires ou utiles à l'exploitation ultérieure⁽²⁸¹⁾. C'est dire que, eu égard à la nature des actes passés, il n'est aucune raison d'obliger personnellement le représentant⁽²⁸²⁾, et que, si celui-ci menait d'ores et déjà une activité économique, il ne pourrait pas le faire pour le compte d'une personne morale en formation : pour être validés, de tels actes nécessiteraient de requalifier la formation en participation, auquel cas seulement on ne discuterait plus de l'engagement personnel du représentant⁽²⁸³⁾.

Perdant pour gage, par retour au droit commun, le patrimoine du représentant, le tiers cocontractant de la personne morale en formation gagnerait cependant celui de l'ensemble

exclusion conventionnelle (dir. CEE n° 68/151 du 9 mars 1968, art. 7, puis dir. CE n° 2009/101 du 16 sept. 2009, art. 8, *in fine*). En ce cas, le pouvoir aura dû être préalablement conféré, car on n'exprime pas sans procuration la volonté d'un autre.

(277) Comp. en effet les dispositions des articles 8 de la directive communautaire du 16 septembre 2009 et L. 210-6, alinéa 2, du Code de commerce avec l'article 1843 du Code civil : les premières ne paraissent, à la lettre, imposer au représentant qu'une obligation de réparer le préjudice éventuellement subi par le cocontractant en l'absence d'exécution par la personne morale, tandis que le second le rend carrément débiteur des obligations contractées pour le compte de celle-ci, ce qui est bien différent. Il paraît acquis, en réalité, qu'en vertu de la logique conditionnelle régissant la matière, le représentant, dans l'attente de la reprise, est tenu pour l'ensemble des droits et obligations nés du contrat (v. *supra*, *eod. num.*, spéc. note 273). V. ainsi, en droit belge, Cass., 14 sept. 2000, *Bull.*, n° 469, p. 1336 ; *Rev. dr. com. belge* 2001, p. 717, note S. Gilcart. Pour y voir plutôt, avant la rédaction adoptée par la loi du 3 juillet 1978, une garantie de bonne fin, v. M. DAGOT, « La reprise, par une société commerciale, des engagements souscrits pour son compte avant son immatriculation au régime du commerce », *JCP* 1969, I, 2277, n° 4.

(278) Il n'aura pu obtenir, en l'état actuel de la jurisprudence, que la procuration personnelle de chacun des membres (v. *supra*, n° 48, spéc. note 249).

(279) V. *supra*, *eod. num.*, note 273.

(280) Soit que l'assemblée des membres du groupement n'ait pas décidé d'accorder ce pouvoir, soit que le fondateur ait limité, pour cette période constitutive, le pouvoir conféré à ceux qu'il aura désignés pour administrer sa fondation.

(281) V. *supra*, n° 48, note 253.

(282) Du moins en l'absence de garantie spécialement convenue. D'où l'intérêt pour le tiers d'exiger de l'intermédiaire qu'il s'engage personnellement comme caution, nonobstant le dispositif législatif. Sur cette combinaison, v. J. BONNARD, « Le cautionnement des engagements souscrits pour le compte d'une société en formation », *Rev. sociétés* 1992, pp. 255-289.

(283) L'article 1872-1 du Code civil ne vise que le cas du contrat conclu par l'associé en participation, mais on étendra, toujours pour la même raison, la solution à tout représentant, même étranger au pacte social (v. *supra*, *eod. num.*, note 273). L'admission de l'obligation personnelle du représentant sera alors d'autant plus opportune que le tiers cocontractant pourrait n'avoir à défaut aucun autre débiteur (*ibid.*, spéc. note 274).

des membres du groupement⁽²⁸⁴⁾. Si la personne morale n'avait en réalité consenti aucun pouvoir, la croyance légitime de l'acceptant⁽²⁸⁵⁾ ou la simple utilité de l'acte⁽²⁸⁶⁾ suffirait encore à les engager. Le mandataire pourrait bien avoir en outre oublié de présenter son mandant comme étant toujours en cours de constitution, le point importera peu pour le cocontractant qui disposera toujours alors, à gage égal, d'une action contre chacun des membres du groupement⁽²⁸⁷⁾. Et si, enfin, l'acceptant avait cru contracter à l'inverse avec son seul interlocuteur, lui seul serait tenu, nonobstant toute reprise ultérieure par la personne morale⁽²⁸⁸⁾.

À bien des égards, l'état conditionnel du contractant influencera de la même manière le contrat conclu pour son compte au cas où l'imperfection fût celle du destinataire de l'offre.

(284) À hauteur toutefois de leur contribution respective, au cas de groupement à responsabilité limitée (v. *supra*, n° 48, spéc. note 256).

(285) Étant entendu qu'il ne suffira pas pour le soi-disant représentant de prétendre contracter pour le compte d'une société en formation pour créer une apparence de pouvoir aux yeux de son cocontractant. On exigera de l'acceptant de ne pas se satisfaire de négligence, conformément aux principes dominant la théorie du mandant apparent (sur quoi, v. *infra*, n°s 173 et 213). Faute de vigilance, on conclura qu'il aura accepté de soumettre le contrat à la condition de l'accord ultérieur du représenté, sans se ménager d'autre gage intérimaire. Pour le jeu de l'apparence en cette hypothèse, v. M. DE GAUDEMARIS, « Théorie de l'apparence et sociétés », *Rev. sociétés* 1991, pp. 465-498, n° 25 et s.

(286) Avant la loi du 24 juill. 1966, le maintien des actes passés pour le compte d'une société en formation – c'est-à-dire alors d'une société anonyme qui n'eût pas encore ouvert sa souscription – se justifiait ainsi en application des règles de la gestion d'affaire. V. par ex. Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, 5^e éd., t. II, *Des sociétés*, collab. A. Amiaud, LGDJ, 1929, n° 686 bis, p. 24 : « La société, n'existant pas encore au moment où la souscription a lieu, est représentée par les fondateurs qui, en ouvrant la souscription, stipulent au profit de la société future comme gérant d'affaires. »

(287) Ce n'est donc pas, en ce cas, la théorie de l'apparence qui permettra de maintenir l'acte, celle-ci étant impuissante à faire que la société encore en formation ne le soit plus, mais le simple constat que l'occurrence d'une hypothèse plutôt qu'une autre ne peut avoir aucun effet invalidant sur la volonté exprimée par le cocontractant, celui-ci disposant du même gage en toute circonstance.

Le droit positif, au contraire, invite pour sa part à anéantir le contrat conclu par le tiers avec une personne morale que celui-ci aura faussement crue juridiquement achevée. *De lege lata*, en effet, ce tiers ne dispose en gage certain, dans un tel cas, que du patrimoine personnel du représentant, plutôt que de celui de la personne morale, et l'on ne peut pas présumer que cela lui fût indifférent. Il entendait constituer un droit sur le patrimoine social, et on lui en consent un susceptible de ne jamais valoir que réduit au seul patrimoine du représentant, à défaut d'attribution ultérieure de la personnalité juridique au représenté. Ce n'est certes plus ici la teneur même de l'obligation qui s'en trouve modifiée, celle-ci ne variant pas selon la personne du cocontractant, mais la substitution d'un patrimoine par un autre suffit à vicier un consentement. Un tel risque d'annulation justifierait déjà assez la critique du droit positif sur ce point ; mais pour achever de nuire à tous les intérêts en présence, plutôt qu'à ceux seuls de la personne morale et de ses membres, la jurisprudence y ajoute encore en faisant du défaut d'immatriculation de la société en formation un empêchement dirimant à la formation du contrat, de façon à ouvrir l'action en nullité (en inexistance ?) non seulement au tiers acceptant (3^e civ., 28 oct. 1992, pourvoi n° 90-16388, *Bull. Joly* 1993, § 13, p. 85, note P. Le Cannu, qui, précisément, rejette le moyen pris de l'erreur simple vice du consentement ; et encore 21 févr. 2012, *Bull.*, IV, n° 49), mais encore à tout intéressé, dont la société elle-même (Com., 17 juill. 2001, pourvoi n° 99-19576 ; *Bull. Joly* 2001, § 274, p. 1267, note P. Scholer).

(288) La reprise devra, pour opérer cession du contrat, être acceptée du cocontractant. V. ainsi Com., 27 oct. 1975, *Bull.*, IV, n° 238 ; *Rev. sociétés* 1976, p. 297, note D. Randoux.

2. L'imperfection du destinataire de l'offre

51. Une offre subordonnée à l'achèvement de son destinataire – L'offre pourra inversement être émise par une personne certaine à l'adresse d'une personne restée inachevée au jour de l'offre (a) ou jusqu'au jour encore de son acceptation (b).

a. Le destinataire inachevé au jour de l'offre

52. L'offre adressée à une personne physique en gestation – On peut parfaitement émettre une offre avant la naissance de son destinataire : tant que celui-ci est déjà conçu, l'offre sera valable et portera cet événement comme condition suspensive de son existence. Une fois l'enfant né, son représentant légal formera, en acceptant dans le délai de validité de l'offre, un contrat définitif liant l'enfant au pollicitant. Et il en ira naturellement de même si celui-ci avait cru son destinataire déjà né puisque, précisément en l'hypothèse, l'acceptation interviendra après la naissance pour former un contrat parfait, tel que voulu par le tiers. La même solution s'imposera encore pour le cas où l'erreur émanerait du représentant, croyant accepter au nom d'un enfant en gestation en réalité déjà né, car il se joindra alors que sa méprise ne pouvait valoir pour le représenté lui-même⁽²⁸⁹⁾.

53. L'offre adressée à une personne morale en formation – Comme pour la personne physique en gestation, la personne morale en formation recevra l'offre qui lui sera adressée sous condition de l'obtention ultérieure de la qualité de sujet de droit. La personnalité juridique acquise dans le délai de validité de l'offre, la personne morale pourra dès lors, par son acceptation, former définitivement le contrat projeté. Pas plus que s'il s'était agi d'une personne physique, l'ignorance de l'une ou l'autre partie n'emporterait une autre solution : le tiers pollicitant qui aurait estimé au jour de son offre la personnalité juridique de son destinataire d'ores et déjà acquise, obtiendra finalement ici un contrat pur et simple, conformément à sa volonté initiale, et le représentant qui aurait retourné l'acceptation pour le compte d'une personne morale qu'il aurait crue encore en formation, n'aura fait qu'échapper ce faisant à un engagement personnel⁽²⁹⁰⁾.

Définitivement formé par l'acceptation retournée après acquisition définitive de la personnalité juridique, le contrat demeurera au contraire suspendu à cet événement s'il devait être conclu par un destinataire resté inachevé au jour de son acceptation.

(289) V. *supra*, n° 47, *in fine*, spéc. note 241.

(290) Au cas du moins de représentation imparfaite (v. *supra*, n° 50). S'il agissait par représentation parfaite, sa méprise ne pourrait jamais passer que pour celle du représenté, et resterait donc encore sur ce point parfaitement indifférente (rappr. *supra*, n° 52, *in fine*).

b. Le destinataire inachevé au jour de l'acceptation

54. L'offre acceptée pour une personne physique en gestation – Dès avant la naissance, le représentant légal de l'enfant est susceptible d'accepter au nom de celui-ci l'offre conditionnelle du tiers pollicitant⁽²⁹¹⁾ : le contrat qu'il formera à cet instant existera d'ores et déjà, sous la condition suspensive de la naissance à venir. Il se pourrait en effet que le représentant soit tenu de s'exprimer avant que l'offre reçue ne devienne inconditionnelle, au cas notamment où celle-ci eût préalablement disparu dans l'expiration de son délai de validité, ou qu'il ait simplement cru l'enfant déjà né. Son erreur, à cet égard, importera peu, car elle ne pouvait valoir pour le représenté lui-même⁽²⁹²⁾. Quant à celle du pollicitant, qui aura cru contracter avec un destinataire accompli, elle sera elle aussi, sauf à administrer la preuve contraire, réputée indifférente⁽²⁹³⁾.

55. L'offre acceptée pour une personne morale en formation – L'offre adressée à une personne morale en formation peut être acceptée par celle-ci, soit par décision collective de ses membres, soit, plus souvent, par représentation. L'acceptation directement exprimée au nom de ce destinataire formera le contrat sous condition suspensive de sa personnalisation juridique. En l'absence de procuration, aucun contrat, même conditionnel, ne pourra être conclu par représentation directe : l'accord resterait inexistant⁽²⁹⁴⁾. Si le représentant accepte en son nom propre pour le compte de la personne morale en formation⁽²⁹⁵⁾, le contrat se formera sur sa tête⁽²⁹⁶⁾, et obligera personnellement les membres du groupement⁽²⁹⁷⁾, sous condition résolutoire de l'attribution de la qualité de sujet de droit à la personne morale, qui se substituera alors comme seul contractant. À défaut de disposer de quelque pouvoir, le représentant indirect n'engagera nul autre que lui⁽²⁹⁸⁾, et devra, outre

(291) Il ne pourrait pas en revanche, sauf croyance légitime, accepter en son propre nom, même pour le compte de l'enfant, une offre destinée à celui-ci : non seulement l'objet de son acceptation différerait de celle de l'offre, mais en outre, et surtout, il ne dispose simplement pas à titre personnel de cette faculté : v. *infra*, n° 260.

(292) V. *supra*, n° 47, *in fine*, spéc. note 241.

(293) Rapp. *supra*, n° 49, *in fine*, spéc. note 270. Et s'il démontrait le contraire, ses intentions pourraient encore être surmontées par l'ignorance légitime de l'acceptant (v. *infra*, n° 229 et s.).

(294) Non pour inexistence du représenté, lequel existe au moins sous condition, mais pour défaut de pouvoir : v. *infra*, n° 172.

(295) Ce que le droit positif présume (v. *supra*, n° 50). Avant même cette présomption, il en est une autre, suffisamment insolite pour être remarquée, d'après laquelle l'offre adressée en connaissance de cause à une personne morale en formation est réputée valoir aussi bien pour la personne morale elle-même que, sous condition résolutoire, pour celui qui se présenterait comme mandataire (sur la portée de cet engagement intermédiaire, v. *supra*, n° 50). Comp. lorsque l'offre est adressée à une personne morale pas même organisée (*supra*, n° 38, spéc. note 180), ou à une personne physique en gestation (*supra*, n° 54, spéc. note 291).

(296) Et même, en droit des sociétés, pour son compte, le mandataire social étant, *pendente conditione*, partie au contrat qu'il aura conclu (C. civ., art. 1843). Pour la critique du droit positif sur ce point, v. *supra*, n° 50.

(297) Seuls, *de lege lata*, ceux qui lui auront spécialement conféré le pouvoir de les représenter chacun individuellement, ou, *de lege ferenda*, et par application du droit commun, tous les membres de la personne morale qui aura elle-même attribué à son commissionnaire le pouvoir de la représenter (v. *supra*, n° 48).

(298) Contractuellement responsable du préjudice subi par le pollicitant ignorant son défaut de pouvoir, il pourra même, le cas échéant, être personnellement tenu de l'exécution du contrat (v. *supra*, n° 50). L'accord
(suite p. suiv.)

l'attribution de la personnalité juridique à la personne morale, obtenir encore d'elle sa ratification⁽²⁹⁹⁾.

Le jeu des apparences influera cependant sur la portée de l'acceptation donnée par représentation imparfaite⁽³⁰⁰⁾. *De lege lata* en effet, le tiers pollicitant qui aura ignoré l'absence de personnalité juridique de son cocontractant se verrait lié sous condition résolutoire avec le seul représentant qui aura accepté pour le compte de la personne morale, et avec cette dernière sous condition suspensive seulement de sa personnalisation juridique⁽³⁰¹⁾. On peut difficilement considérer dès lors que celui qui cherchait pour gage le patrimoine de la personne morale puisse indifféremment se satisfaire de celui du seul intermédiaire⁽³⁰²⁾, auquel il risque bien d'être définitivement lié si la personne morale n'accède finalement pas à la qualité de sujet de droit⁽³⁰³⁾. *De lege ferenda* en revanche, le contrat conclu avec un groupement en formation devrait pouvoir, *pendente conditione*, obliger tous ses membres constitutifs à proportion de leurs apports respectifs, de sorte que le gage du tiers cocontractant porterait déjà sur une assiette équivalant au patrimoine de la personne juridique à venir⁽³⁰⁴⁾. Le pollicitant n'y trouverait donc aucune matière à contestation⁽³⁰⁵⁾ : on préserverait ainsi son intérêt économique en même temps que l'on assurerait la sécurité juridique de l'opération. Quant à l'erreur, dirimante selon le droit positif⁽³⁰⁶⁾, que pourrait commettre de son côté le mandataire acceptant pour le compte d'une personne morale en formation qu'il aura crue déjà achevée, on tirera également de ces propositions une raison suffisante de valider l'opération : si, plutôt que de l'engager personnellement, cette acceptation a pour effet d'obliger l'ensemble des associés, sa méprise devient parfaitement indifférente, chacun autant que lui demeurant, avant comme après l'immatriculation et la reprise, tenu dans la même mesure⁽³⁰⁷⁾.

56. Conclusion – Si l'on peut en définitive critiquer comme étant inutilement et inopportunément dérogoire le sort réservé par le droit positif aux contrats conclus en

conclu sans pouvoir par représentation imparfaite existe donc bien (comp. au cas de représentation parfaite, *supra*, *eod. num.*, note 294).

(299) Sur les conditions de la reprise par la société, antérieure ou postérieure à son immatriculation, v. *supra*, n° 48.

(300) Si le mandataire sans pouvoir prétendait intervenir par représentation parfaite au nom de la personne morale en formation, son acceptation resterait dépourvue de tout effet, quelle que puisse être la légitimité de l'ignorance de l'offrant à cet égard (v. *infra*, n° 260).

(301) V. *supra*, n° 50.

(302) Au point, on l'a vu, que la jurisprudence semble démesurément considérer ce contrat comme radicalement inexistant plutôt que simplement annulable pour vice du consentement de l'intéressé (v. *supra*, n° 50, *in fine*, spéc. note 287).

(303) Ou si, accédant à cette qualité, elle refuse de reprendre à son compte un acte passé pour elle sans procuration.

(304) V. *supra*, n° 50.

(305) Sinon le fait qu'à défaut de personnalisation ou de reprise son action devra, en matière civile du moins, se diviser. Mais il paraît raisonnable d'estimer que cette différence ne suffit pas à dénaturer son offre non plus qu'à vicier son consentement.

(306) V. déjà *supra*, n° 50, *in fine*, spéc. note 287.

(307) V. *supra*, nos 48 et 50.

représentation d'une personne morale en formation⁽³⁰⁸⁾, il n'en reste pas moins que les engagements pris pour le compte de contractants encore inachevés ne pourront jamais être conclus que sous la condition de leur achèvement. Strictement, ces contrats ne seront dès lors pas tout à fait inexistantes : ils demeureront, au pire, dans cet état conditionnel⁽³⁰⁹⁾, et disparaîtront finalement par caducité pour défaillance de leur condition suspensive⁽³¹⁰⁾. Par où l'on observe que le contrat échappera d'autant plus à son néant que la constitution juridique de ses contractants sera avancée. Il pourrait même, à l'autre bout, résister encore, en cours de formation, à la disparition de leur personnalité juridique.

SECTION II

LA DISPARITION DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE

57. Une personnalité fragile – La personnalité juridique, une fois acquise, peut encore disparaître. On la soustraira à la personne au cours de son existence (§ 1) ou elle s'éteindra naturellement au terme de celle-ci (§ 2).

§ 1 – La personnalité soustraite au cours de son existence

58. La plénitude de la personnalité – Puisque toute personne humaine a une vocation naturelle et nécessaire à la personnalité juridique⁽³¹¹⁾ il faut admettre que ne pas attribuer la personnalité juridique au premier jour de l'existence de la personne humaine revient à la lui soustraire, de la même façon que si l'on avait d'abord reconnu sa personnalité juridique pour la lui retirer ensuite. Mais dès lors qu'on lui confère cette personnalité, il ne peut être question de la lui retenir en partie : la personnalité juridique est une et indivisible ; façonnée à l'image de la personne humaine, on n'imagine pas plus une personnalité juridique partielle qu'une moitié de personne humaine⁽³¹²⁾. La solution a

(308) Ou, en tout cas, d'une société en formation (v. not. *supra*, n°s 48 et 50). Pour une critique d'ensemble, en la matière, v. par ex. M. DAGOT, « Un texte contestable : L'article 5 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales », *D.* 1974, chr., pp. 241-246.

(309) Le contrat conditionnel ne sera inexistant que sous sa forme définitive : il sera donc imparfait : v. *infra*, n° 333.

(310) Cette conclusion ne vaudra même, *de lege lata*, que pour l'imperfection des personnes physiques. Comp. ainsi pour les personnes morales, *supra*, n° 50.

(311) V. *supra*, n° 16, *in fine*.

(312) Ce constat d'évidence a d'ailleurs marqué le point de départ du principe, pourtant nullement induit, de l'unicité du patrimoine. V. ainsi Ch. AUBRY et Ch. RAU, *op. cit.* (*supra*, note 64), t. VI, 1873, § 575.

certainement pu être contraire en droit romain, mais on rappellera que, précisément, la théorie de la personnalité juridique n'existait alors pas, et que la profusion des statuts personnels ne risquait dès lors pas d'y porter atteinte.⁽³¹³⁾ À présent que l'on voit dans tout être humain un sujet de droit⁽³¹⁴⁾, et que s'est affirmée ce faisant la parfaite union de la personne humaine et de la personne juridique, il est devenu strictement inconcevable, à défaut de pouvoir réduire la première, de diminuer la seconde⁽³¹⁵⁾ : on ne peut être à la fois personne, pour partie, et chose, pour le surplus.

Il faut donc lever ici l'ambiguïté entretenue entre incapacité de jouissance⁽³¹⁶⁾ et défaut de personnalité : la personne privée de ses droits n'en est pas moins juridiquement et pleinement une personne, quand bien même envisagerait-on par aberration de la priver de l'absolue totalité de ses droits⁽³¹⁷⁾. Une incapacité générale de jouissance reviendrait certes à nier la personnalité juridique de celui qui y serait soumis, mais serait en soi impuissante à la lui soustraire, celle-ci demeurant toujours latente. La question de la capacité ne se pose en effet qu'autant que se trouve reconnue l'existence préalable de la personne juridique : dira-t-on d'une chose qu'elle est, au sens que lui donne le droit, incapable de contracter ? Dans quel sens priverait-on de la jouissance de ses droits ce qui ne saurait de toute façon en être aucunement titulaire ? Pour pouvoir être soumis à une incapacité, quelle qu'elle soit, il faut déjà pouvoir être assujéti, c'est-à-dire être sujet de droit⁽³¹⁸⁾. Si l'on dit une volonté

(313) Si le droit romain ordonnait déjà le droit objectif entre *personae*, *res* et *actiones* (Inst. Gaius, I, 8), il est aujourd'hui admis qu'il ne visait certainement rien de plus précis, dans cette première catégorie, que la simple personne humaine considérée dans sa fonction sociale, ce qui lui permettait d'y comprendre aussi les esclaves, pourtant désignés juridiquement comme des choses d'après le regard rétrospectif que purent lui porter les romanistes (v. *infra*, n° 60). Car ce n'est qu'avec l'élaboration médiévale de la notion de personne morale (v. *supra*, n° 17, spéc. note 12) que l'on s'est attaché à recomposer puis unifier à l'aune du concept nouveau de personnalité juridique les différents statuts que le droit avait pu jusqu'alors octroyer aux personnes physiques.

(314) Perspective qui, pour les personnes physiques, ne s'est imposée en Occident qu'au XVIII^e siècle (v. *supra*, n° 16, *in fine*, spéc. note 8), et qui n'est devenue finalement indiscutable que lorsque le siècle suivant y éradiqua toute forme d'esclavage. Pour les personnes morales, v. *supra*, n° 27.

(315) Le Code civil, sur l'impulsion de Cambacérès, l'a pourtant conçu au sujet du déclaré absent (v. *infra*, n° 63). L'hypothèse, aujourd'hui disparue, restera comme la seule anomalie connue au principe d'unicité de la personnalité juridique.

À ceux qui déniaient au contraire la nécessaire union de la personnalité humaine et de la personnalité juridique, il n'est plus interdit, à désincarner cette dernière, de l'attribuer même partiellement aux animaux ou aux morts. En ce sens, v. ainsi G. TIMBAL, *La condition juridique des morts*, th. Toulouse, 1902, qui conclut, p. 182 : « comme ils [les morts] ne présentent pas tous les caractères ordinaires qui appartiennent aux vivants, nous ne leur attribuerons qu'une personnalité restreinte et sui generis. [...] Les morts sont [...] des « demi-personnes », ayant, d'ailleurs, plus de droits que les animaux, et occupant dans la hiérarchie des êtres un rang plus élevé. » V. encore R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit », préc. (*supra*, note 24), pp. 631-639.

(316) Au sens où s'entend traditionnellement cette expression. Pour la critique de la notion, v. I. MARIA, *Les incapacités de jouissance*, th. Saint-Etienne, 2006, Defrénois, Doctorat & Notariat, t. 44, 2010, n° 359 et s., p. 211 et s., qui montre que l'incapacité de jouissance correspond en fait à deux concepts bien distincts, celui d'interdiction d'un côté, et celui d'incapacité *proprio sensu* de l'autre, laquelle s'assimile à une incapacité d'exercice.

(317) L'hypothèse, si elle a jamais existé, ne se rencontre en tout cas plus depuis fort longtemps, en particulier depuis qu'est apparue la notion de personnalité juridique. Il faut, en Occident, remonter semble-t-il aux premières années de l'antique République romaine pour pouvoir estimer que les esclaves ne disposaient peut-être alors rigoureusement d'aucun droit (v. *infra*, n° 61). La *capitis deminutio* puis, par résurgence, la mort civile n'ont jamais depuis entièrement nié la personnalité juridique (v. *infra*, n° 62).

(318) Pour cette distinction, v. par ex. J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 11^e éd., A. Colin, 2006, n° 191, p. 192 ; F. LINDITCH, *op. cit.* (*supra*, note 114), pp. 180-182 ; N. BARUCHEL, (suite p. suiv.)

capable ou non d'obliger son auteur, c'est implicitement mais nécessairement que l'on a préalablement reconnu cette volonté, et par là la personnalité⁽³¹⁹⁾. Et ce qui vaut au cas invraisemblable où l'on dénierait toute capacité de jouissance vaut à plus forte raison lorsque, comme toujours, cette capacité ne se trouve que réduite : l'incapacité de jouissance ne diminuera en rien la personnalité juridique, qui reste une et indivisible⁽³²⁰⁾. On vérifie ainsi la différence par la sanction : dans son régime le plus rigoureux, l'incapacité de jouissance, que l'on qualifierait mieux alors d'interdiction, emportera la nullité absolue du contrat, là où le défaut de personnalité juridique entraînera quant à lui son inexistence.

Sous le bénéfice de cette observation, il se dégage que la personnalité juridique ne se soustrait plus à la personne physique (1), et qu'elle ne s'arrache encore qu'exceptionnellement à la personne morale (2).

1. La personne physique défaite de sa personnalité

59. Une question anachronique – L'examen, essentiellement historique, porté sur la qualité conférée par le droit aux personnes humaines se heurte à un obstacle majeur : la *summa divisio* opérée par les droits de l'Antiquité, et par le droit romain en particulier, entre les personnes et les choses revêtait en ces temps un caractère bien moins absolu que celui que l'on finit plus tard par lui conférer⁽³²¹⁾. De sorte qu'il ne peut s'agir ici que d'interroger les droits anciens à l'aune de concepts au sens ultérieurement définis et qui ne leur étaient, au mieux, qu'analogues, afin d'obtenir la réponse à une question anachronique d'un intérêt purement contemporain : au sens où le droit l'entend aujourd'hui, a-t-on jamais disqualifié la personne humaine au point de lui dénier toute personnalité juridique ? Si l'on

La personnalité morale en droit privé, th. Grenoble, 2002, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 410, 2004, nos 504 à 507, pp. 288-290.

(319) Sur le rapport nécessaire entretenu entre volonté et personnalité, v. *supra*, n° 21, spéc. note 41.

(320) Et il n'est aucune raison d'adopter une solution contraire pour les personnes morales, v. *infra*, n° 65.

(321) Le droit romain, par exemple, multipliait les statuts personnels (*libertatis, civitatis, familiae*), selon que le sujet était libre ou servile ; Romain, Latin ou pérégrin ; père de famille, épouse, ou enfant ; voire patricien ou plébéien, etc., variant pour chacun la mesure des droits octroyés (v. PAUL, *in Dig.*, IV, V, 11). Si bien qu'il reconnaissait en réalité autant de personnalités juridiques que de fonctions attribuées aux personnes au sein de la cité. V. sur ce point B. ELIACHEVITCH, *op. cit.* (*supra*, note 120) ; PHILIPSON, « La personnalité juridique en droit romain », *RID Antiq.* 1951, p. 151 ; M. VILLEY, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1984-1986, rééd. 2001, n° 210, pp. 267-268 ; Y. THOMAS, « Le sujet de droit, la personne et la nature – Sur la critique contemporaine du sujet de droit », préc. (*supra*, note 42), pp. 98-100. La personnalité juridique ne s'est progressivement unifiée qu'à partir du XIII^e siècle, en même temps que s'élaborait la personnalité morale (v. *supra*, n° 17, spéc. note 12). Avant cette date, il n'était donc aucune raison de voir dans les diverses personnalités juridiques de droit romain des incapacités de jouissance au sens où l'on aurait privé les individus de certains de leurs droits, puisque celles-ci ne peuvent se concevoir qu'une fois la personnalité acquise dans sa plénitude et son unité (sur ce point, v. *supra*, n° 58). Il en résulte que nombre de ces personnalités romaines n'auraient été aujourd'hui considérées que comme des personnalités juridiques partielles (*ibid.*). À la limite, il se trouvait donc des personnes humaines qui, personne juridique pour une part, pouvaient être néanmoins réifiées de l'autre. À tout point de vue, telle fut la qualité de l'esclave romain, mais aussi, dans une moindre mesure, celle de l'étranger sous la protection d'un citoyen, ou encore de tous les membres *alieni juris* de la famille, soumis à la *potestas* d'un même *pater familias* (sur ce rapprochement, v. par ex. P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd., par F. Senn, A. Rousseau, 1929, pp. 13-14).

parvenait à exhumer cette hypothèse du passé, alors il faudrait admettre que les contrats formés par ces individus devaient être considérés comme juridiquement inexistants.

60. L'étranger – À l'origine, celui qui n'appartenait pas à un groupe social ne devait logiquement avoir aucune vocation à en partager les règles⁽³²²⁾. Privé de droits, l'étranger avait, pour toutes les civilisations de l'Antiquité, une vocation naturelle à être réduit en esclavage⁽³²³⁾. Encore cette servitude juridique ne pouvait-elle s'envisager qu'autant qu'elle ne faisait que constater une soumission antérieure de l'étranger à l'homme de la cité : on ne réduit pas en esclavage celui qui ne s'est pas laissé attaché, de fait ou de droit⁽³²⁴⁾. L'étranger acceptait cependant d'autant mieux cette soumission qu'il y trouvait un moyen de subsister dans un monde qui ne lui reconnaissait à défaut aucune existence juridique : mieux valait en ce sens exister comme chose que ne pas exister du tout. Intégré par réification ou exclu par défiance, l'étranger demeurait en toute hypothèse privé de personnalité juridique⁽³²⁵⁾.

Mais cet état d'inexistence juridique n'a pas duré. En s'ouvrant, les communautés et les systèmes juridiques ont dû, pour assurer leur développement, organiser les relations avec l'étranger et, finalement, lui accorder un statut. Dans un premier temps, son intégration ne s'est faite qu'en vertu de conventions particulières, de droit privé ou de droit public, assurant aux citoyens qui accueillaient l'étranger la réciprocité de la protection accordée⁽³²⁶⁾. Puis, à Athènes comme à Rome, qu'il fût métèque ou pérégrin, l'étranger a pu, à défaut même de tout accord bilatéral, se voir reconnaître des droits sans aucune condition de réciprocité : il disposait d'un patrimoine, payait de lourds impôts et exerçait diverses activités, notamment commerciales⁽³²⁷⁾. Enfin, le droit romain développa même assez tôt un système juridique *ad hoc*, le *jus gentium*, afin de sécuriser par le droit les échanges entre citoyens et ceux, pérégrins, qui demeuraient exclus du *jus civile* : sous ce droit des gens, citoyens et étrangers disposaient de la même personnalité.

Le droit féodal a pleinement reconnu la personnalité juridique de l'étranger : au pire, l'aubain qui ne s'était pas avoué au seigneur pouvait être réduit à l'état de serf. Or, la servitude féodale, loin de la servitude antique, n'a jamais consisté à réifier l'homme, ni même à lui dénier la qualité de sujet de droit : juridiquement incapable pour une large part,

(322) V. ainsi H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, 8^e éd., t. I, LGDJ, 1993, par P. Lagarde, n° 9, pp. 18-19, qui concluent à la négation originaire de toute personnalité juridique de l'étranger.

(323) Sur ce rapport primitif, v. par ex. J. GAUDEMET, *Institutions de l'Antiquité*, 2^e éd., Sirey, 1982, n° 145, pp. 211-212, et pp. 542-543. Adde H. DECUGIS, *Les étapes du droit des origines à nos jours*, 2^e éd., Sirey, 1946, t. II, p. 15, qui note qu'en sumérien, la plus ancienne langue écrite connue de l'humanité, l'idéogramme désignant l'esclave signifiait *individu mâle venu d'un pays étranger*.

(324) Raison pour laquelle les esclaves se recrutaient essentiellement chez les prisonniers de guerre puis les débiteurs insolvables (v. *infra*, n° 61).

(325) Privation toute relative cependant puisque limitée, par définition, aux autres pays que le sien.

(326) Rapp. C. civ., art. 11 (*infra*, eod. num.).

(327) La *philoxenia* athénienne fut particulièrement marquée : v. ainsi A. AYMARD, « Les étrangers dans les cités grecques aux temps classiques (V^e et IV^e siècles avant J.-C.) », in *L'étranger*, Rec. Soc. J. Bodin, t. IX, Libr. encycl. Bruxelles, 1958, pp. 119-139, spéc. pp. 130-138 ; J. GAUDEMET, *op. cit.* (*supra*, note 323), n° 145, p. 213, et n° 163, pp. 232-234. Ailleurs, et à Rome en particulier, v. encore *L'étranger*, Rec. Soc. J. Bodin, t. IX, préc., *passim*.

il n'en demeurerait pas moins titulaire d'un patrimoine et de certains droits primordiaux, dont celui d'agir en justice⁽³²⁸⁾ ou de se marier⁽³²⁹⁾. Demeuré à l'état d'homme libre, l'étranger restait juridiquement plus capable que ne l'était le serf : il n'était frappé pour l'essentiel, par le jeu du droit d'aubaine, que d'une seule incapacité de transmettre à cause de mort⁽³³⁰⁾.

Le droit d'aubaine aboli à la Révolution⁽³³¹⁾, l'étranger se trouvait très largement assimilé, pour le droit civil, au Français. Jusqu'à ce que le Code civil, non seulement rétablisse l'incapacité successorale de l'étranger⁽³³²⁾, mais revienne même au système archaïque de la réciprocité diplomatique, selon lequel l'étranger ne pourrait jouir de ses droits civils qu'à la mesure de ceux accordés par traité aux ressortissants français de son pays. De ce point de vue, la disposition de l'article 11 du Code civil, jamais abrogée, était formidablement rétrograde⁽³³³⁾. Elle le fut à tel point qu'elle devint rapidement inapplicable : la doctrine et la jurisprudence œuvrèrent à son éviction systématique, pour la réduire finalement à une disposition sans objet, censée se rapporter aux seules incapacités ailleurs infligées par la loi⁽³³⁴⁾. Aujourd'hui donc, l'étranger est pour l'essentiel capable civilement autant que l'est le national, sans condition de réciprocité.

L'histoire nous montre ainsi que la personnalité juridique de l'étranger, originairement inexistante, n'a depuis jamais été véritablement niée. Certes, sous l'empire naissant du Code civil, il aurait été condamné, à en croire sa lettre, à l'existence juridique conditionnelle⁽³³⁵⁾

(328) Ce qui présuppose qu'il ait pu y faire valoir, au fond, d'autres droits.

(329) V. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.* (*supra*, note 120), n^{os} 8 et 9, pp. 18-20.

(330) *Ibid.*, n^{os} 13 et 14, pp. 24-26 ; B. D'ALTEROCHE, *De l'étranger à la seigneurie à l'étranger au Royaume – XI^e - XV^e siècle*, th. Paris II, 2000, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 360, 2002, not. pp. 138-147 et 235 et s.

(331) Décr. 6 et 18 août 1790.

(332) C. civ., art. 726 et 912 orig., abrog. L. 14 juill. 1819.

(333) Elle l'était déjà en cours de rédaction : la rigueur de cette disposition excita l'opposition du Tribunal et provoqua le rejet initial par le Corps législatif du premier titre qui lui fut présenté. Le Premier consul, qui avait gardé de ses batailles une évidente hostilité pour l'étranger, sut ici encore imposer ses vues. L'argument tenait dans l'espoir – finalement déçu – que cette disposition inciterait les États étrangers à accorder d'autant plus de droits civils aux Français. Comp. l'article 11 avec le discours préliminaire de PORTALIS : « *Le commerce, en se développant, nous a guéris des préjugés barbares et destructeurs ; il a uni et mêlé les hommes de tous les pays et de toutes les contrées. La boussole ouvrit l'univers ; le commerce l'a rendu sociable. – Alors les étrangers ont été traités avec justice et avec humanité. Les rapports entre les peuples se sont multipliés ; et on a compris que si, comme citoyen, on ne peut appartenir qu'à une société particulière, on appartient comme homme à la société générale du genre humain. En conséquence, si les institutions politiques continuent d'être propres aux membres de chaque état, les étrangers sont admis à participer plus ou moins aux institutions civiles qui affectent bien plus les droits privés de l'homme, que l'état public du citoyen.* » (*in* P. A. Fenet *op. cit.* (*supra*, note 68), t. I, p. 507, et J.-G. Locré, *op. cit.* (*ibid.*), t. I, p. 299, n^o 76). Sur la question, v. récemment D. LOCHAK, « L'étranger dans le Code civil », *in* *Différenciation et indifférenciation des personnes dans le Code civil*, colloque Paris XIII, 15 déc. 2004, *Economica*, 2006, pp. 107-122.

(334) Après avoir passé un siècle à prétendre circonscrire les droits civils de l'article 11 aux droits propres des Français, par opposition aux droits naturels reconnus par les autres « *nations policées* », la Cour de cassation jugea finalement qu'« *il est de principe que les étrangers jouissent en France des droits qui ne leur sont pas spécialement refusés* » (Civ., 27 juill. 1948, *Lefait*, D. 1948, p. 535 ; *Rev. crit. DIP* 1949, p. 75, note H. Batiffol), ajoutant que ce refus, spécial, devait encore être exprès (Civ., 1^{re} sect., 22 déc. 1959, *Le Chant du Monde*, D. 1960, p. 93, note G. Holleaux ; *Rev. crit. DIP* 1960, p. 361, note F. Terré ; *JDI* 1961, p. 420, note B. Goldman ; 1^{re} civ., 25 févr. 1981, *Bull.*, I, n^o 72). On put alors conclure à l'abrogation *praeter legem* de l'article 11, en tant du moins que disposition utile. V. ainsi P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 8^e éd., Montchrestien, 2004, n^o 1001, p. 701 : « *L'article 11 a été, en fin de compte, interprété comme s'il posait un principe général d'assimilation de l'étranger au national.* »

(335) Sous condition de traité bilatéral (art. 11), d'admission à domicile ou de décret de naturalisation (art. 13 orig.).

qui fut un temps la sienne lorsque l'homme s'ouvrit au monde⁽³³⁶⁾. Mais le droit, tirant du constat de la personnalité humaine de l'étranger sa vocation nécessaire et inconditionnelle à s'affirmer comme sujet de droit⁽³³⁷⁾, s'imposa outre et contre la volonté des codificateurs⁽³³⁸⁾. Au pire, l'étranger aurait-il souffert au XIX^e siècle, à poursuivre l'application de l'article 11, d'une interdiction visant à la privation générale de ses droits plutôt que, strictement, d'une négation de sa qualité de sujet de droit⁽³³⁹⁾.

L'étranger peut bien être privé en définitive de tout droit politique⁽³⁴⁰⁾, ou de la plupart d'entre eux, il ne souffre jamais par là que d'une incapacité particulière, ou interdiction, qui ne limite en rien sa personnalité juridique. Il en va de même là où le droit lui soustrait spécialement certains droits civils : le contrat conclu en contravention de l'interdiction serait, au pire, nul de nullité absolue, et non pas inexistant pour avoir été conclu par une personne défaite, même partiellement, de sa personnalité juridique⁽³⁴¹⁾.

61. L'esclave – L'esclavage a toujours été intimement lié à la qualité d'étranger⁽³⁴²⁾ : les premiers esclaves connus furent prisonniers des guerres babyloniennes, athéniennes ou romaines, et les derniers esclaves de l'Occident peuplaient les lointains pays du sud. Par extension, se pratiqua aussi, un temps, l'esclavage pour dettes ou pour autres délits ; on vit même des cas de servitude volontaire, acceptée à des fins alimentaires, voire expiatoires⁽³⁴³⁾.

Pour considérer que le droit ait pu comprendre de façon absolue l'esclave comme une simple chose, il faudrait pouvoir établir que celui-ci ne se vit jamais reconnaître aucune vocation à être titulaire de quelque droit ou obligation que ce fût. Or il en allait très généralement autrement. À Babylone, l'esclave pouvait conclure certains actes juridiques, et spécialement se marier, comparaître en justice, et être propriétaire de biens propres, lesquels lui permettaient d'acheter son affranchissement⁽³⁴⁴⁾. À Athènes encore, il fut longtemps titulaire d'un patrimoine et pouvait contracter mariage, puis, perdant plus tard ces droits, demeura néanmoins protégé pénalement comme l'était un citoyen⁽³⁴⁵⁾. À Rome enfin, où sa condition juridique ne fut jamais plus misérable, on lui reconnut dès la fin de la République⁽³⁴⁶⁾ la faculté de conclure des actes juridiques au nom et pour le compte de son

(336) V. *supra*, eod. num.

(337) L'équation avait été, en droit français, définitivement résolue par la Révolution. Sur ce rapport de nécessité liant personnalité humaine et personnalité juridique, et sur ces conséquences, v. *supra*, n° 58.

(338) Malgré les efforts désespérés des exégètes du Code pour leur faire dire l'impensé.

(339) Sur cette distinction, v. *supra*, n° 58.

(340) S'il jouissait des droits politiques aussi bien que civils, il ne serait plus proprement étranger.

(341) Il semble toutefois que le droit français ne fulmine aucune nullité pour extranéité de l'un de ses contractants.

(342) V. *supra*, n° 60, spéc. note 323.

(343) V. P. VIOLLET, *Histoire du droit civil français*, 3^e éd., L. Larose & Forcel, 1905, n° 297, pp. 326-327.

(344) V. J. GAUDEMET, *op. cit.* (*supra*, note 323), n° 24, p. 34.

(345) C'est-à-dire contre toute atteinte à sa vie et à son honneur. V. J. ELLUL *Histoire des institutions*, t. I, *L'Antiquité*, 8^e éd., PUF, 1992, rééd. Quadrige, 1999, pp 94-96.

(346) Dès que les Romains ont pu se convaincre, sous inspiration stoïcienne, de la personnalité au moins humaine de l'homme asservi (Épictète lui-même avait été esclave).

maître⁽³⁴⁷⁾, de racheter sa liberté par le produit de son travail⁽³⁴⁸⁾, et d'agir lui-même en justice à fin d'assurer le respect de la protection physique que lui offrait la loi⁽³⁴⁹⁾. Chose en droit, l'esclave, objet de propriété de son maître, l'était donc certainement⁽³⁵⁰⁾, mais sous ces autres aspects lui était nécessairement reconnue aussi une forme, même linéamentaire, de personnalité juridique. Rétrospectivement paradoxal, ce double statut n'avait rien d'illogique pour l'esprit pragmatique romain, qui se satisfaisait bien de considérer juridiquement comme chose celui qu'il reconnaissait par ailleurs comme personne humaine⁽³⁵¹⁾. Ces partitions étaient possibles parce que ni les personnes ni les choses ne se comprenaient alors comme des catégories juridiques hermétiques et absolues.

La résurgence de l'esclavage au XVII^e siècle⁽³⁵²⁾ a pu poser à cet égard d'autres difficultés, à tout le moins lorsque, pour s'en tenir même au strict raisonnement juridique, la parfaite unité de la personne humaine et du sujet de droit se fut imposée⁽³⁵³⁾ : ce dont le droit romain avait pu s'accommoder constituait à présent une pure aberration juridique. Il devenait en effet doublement contradictoire, d'une part, de nier la personnalité juridique de celui dont on reconnaissait par ailleurs la personnalité humaine⁽³⁵⁴⁾, tout en lui conférant,

(347) V. Inst. Gaius, I, 52. Or il faut déjà une forme de personnalité juridique pour pouvoir représenter juridiquement une autre personne. En ce sens, v. ainsi P. F. GIRARD, *op. cit.* (*supra*, note 321), pp. 105-106.

(348) V. R. MONIER, *Manuel de droit romain*, t. I, 6^e éd., Domat Montchrestien, 1947, n^{os} 167 et 168, pp. 211-214 ; R. VILLERS, *Rome et le droit privé*, A. Michel, 1977, pp. 189-191.

(349) R. MONIER, *loc. cit.* (*supra*, note préc.), spéc. n^o 168, p. 213.

(350) Et des choses les plus précieuses, l'esclave étant *res mancipi* (ULPIEN, Reg., XIX, 1).

(351) À tel point que l'esclavage ne fut rapidement plus considéré que comme une institution de *jus gentium*, la personnalité de l'esclave étant pleinement reconnue selon le *jus naturale*. Pour cette raison, les Institutes de GAIUS mentionnaient déjà l'esclave comme personne plutôt que comme chose (liv. I, § 9) ; et celles de JUSTINIEN n'hésitaient plus à déclarer l'esclavage « contraire au droit naturel, puisque naturellement, à l'origine, tous les hommes naissent libres » (liv. I, tit. II, § 2, trad. J. Ortolan, 1863). Sur cette assimilation de l'esclave à la personne, v. ainsi F. K. VON SAVIGNY, *op. cit.* (*supra*, note 68), § LXV, p. 31 ; W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery – The condition of the slave in private law from Augustus to Justinian*, Univ. Press Cambridge, 1908, p. 4.

(352) Résurgence en France, d'outre-mer, du moins – le *Code Noir* y fut promulgué par les édits royaux de mars 1685 puis décembre 1723 – car la traite négrière sévissait alors déjà depuis plus d'un siècle sous la férule des royaumes du Portugal et d'Espagne, tandis que l'esclavage antique avait par ailleurs survécu de façon résiduelle au nord de l'Afrique et à l'est de l'Europe. V. ainsi P. VIOLLET, *op. cit.* (*supra*, note 343), n^{os} 329 à 331, pp. 361-363, qui rappelle que c'est justement à partir du haut Moyen Âge que s'est formé le mot *esclave*, les Slaves constituant alors le gros de la population servile germanique et byzantine.

(353) C'est-à-dire peu ou prou à la même époque (v. *supra*, n^o 58).

(354) Le législateur vint lui-même à l'affirmer, désignant les esclaves comme « personnes non libres » (L. 24 avril et ord. 4 août 1833). La Cour de cassation considéra à son tour que l'Administration des douanes ne pouvait confisquer l'esclave car, en lieu de chose, « l'esclave est une personne » (Crim., 8 févr. 1839, S. 1839, I, col. 612). Ce disant, les juges censuraient donc la logique même de l'esclavage, lequel devait effectivement disparaître quelques années plus tard dans les colonies françaises (décr. 27 avril 1848), avant de faire l'objet d'une condamnation internationale (Conv. Genève du 25 sept. 1926), réprouvé en tant que violation des droits universels de tout être humain (Déclar. univ. dr. homme du 10 déc. 1948, art. 4), et de répondre finalement en France à une qualification criminelle propre (C. pén., art. 224-1 A et s., rédact. L. 2013-711 du 5 août 2003), tandis que la traite négrière historique était elle-même reconnue comme crime contre l'humanité (L. 2001-434 du 21 mai 2001, art. 1^{er}).

Sur cet esclavage tardif, v. not. P. VIOLLET, *op. cit.* (*supra*, note 343), n^{os} 329 à 336, pp. 361-370 ; Y. DEBBASCH, *Couleur et liberté*, Ann. fac. dr. Strasbourg, t. XVI, Dalloz, 1967 ; Ph.-J. HESSE, « Le Code noir et la définition juridique de l'esclavage », in *Actes du colloque international pour le tricentenaire du Code noir*, Nantes, 1985 ; *id. auct.*, « Grands principes et petits intérêts : l'esclavage, d'une abolition à l'autre », in *Les droits de l'homme et la conquête des libertés*, PU Grenoble, 1988, pp. 264-281 ; P. JAUBERT, « Le Code noir et le droit romain », in *Histoire du droit social – Mélanges en hommage à Jean Imbert*, PUF, 1989, pp. 321-332 ; J. CARBONNIER, « L'esclavage sous le régime du Code civil », *Flexible droit*, préc. (*supra*, note 5), pp. 247-254 ;
(suite p. suiv.)

d'autre part, quelques attributs de la personnalité que l'on prétendait justement lui soustraire⁽³⁵⁵⁾. L'esclavage colonial désavouait à la fois l'universalité et la plénitude de la personnalité juridique⁽³⁵⁶⁾. Il était déjà, à peine introduit, hors de son temps⁽³⁵⁷⁾.

Finalement, si cet état de servitude a toujours consisté à dénier pour l'essentiel, et par définition même, la qualité de sujet de droit à la personne servile pour en faire une chose en droit, un regard contemporain oblige à se satisfaire ainsi d'un paradoxe pour considérer qu'une forme rudimentaire de personnalité juridique lui fut néanmoins très tôt octroyée.

62. Le mort civil – La réduction en esclavage constituait pour le citoyen romain condamné⁽³⁵⁸⁾ la forme la plus radicale de *capitis deminutio*, celui-ci perdant dans le même temps ses trois *status libertatis, civitatis* et *familiae*. La distinction de ces trois statuts permet de nuancer par la suite la mesure de la condamnation entre cette *capitis deminutio maxima* (perte du *status libertatis*, emportant les deux autres) et la *capitis deminutio media* (perte des *status civitatis* et *familiae*) ou la *capitis deminutio minima* (perte du seul *status familiae*)⁽³⁵⁹⁾. L'image de la mort civile fut assez tôt utilisée pour expliquer le mécanisme de la *capitis deminutio maxima*, et alloré dorénavant les héritiers, plutôt que la Cité, des biens du *capite minutus*; elle fut encore appliquée à même fin aux deux autres formes atténuées de *capitis deminutio*⁽³⁶⁰⁾. À chaque statut correspondait une personne juridique – c'est-à-dire à Rome une fonction civile – différente; chacune d'entre elles pouvait donc disparaître en droit comme toute personne physique disparaissait en fait⁽³⁶¹⁾. La *capitis deminutio* faisait ainsi du citoyen romain, au pire, un esclave ou un étranger; dans tous les cas, on a pu mesurer la portée de cette disqualification⁽³⁶²⁾.

J.-L. HAROUEL, in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, Lamy/PUF, 2003, v° Code noir; Ch. TAUBIRA (introd.) et A. CASTALDO (présent.), *Codes noirs – De l'esclavage aux abolitions*, Dalloz, 2006.

(355) Ouvertement inspiré du modèle romain, l'esclavage colonial autorisait par exemple à son tour le mariage de l'esclave, le droit séculier reconnaissant la validité de l'union servile contractée devant l'Église. Devant le droit pénal également, il était pleinement responsable. Soulignant l'ambiguïté du statut à la fois réel et personnel de l'esclave noir, v. J.-L. HAROUEL, art. préc., *supra*, note préc.

(356) Rapp. avec le grief porté contre les dispositions xénophobes du Code civil, *supra*, n° 60. Au moins, ne touchant mot des esclaves, celui-ci échappait-il à cette autre flétrissure.

(357) V. ainsi l'hostilité exprimée pour cette raison par J. BODIN, *Les six livres de la République*, Paris, 1583, liv. I, chap. 5. Le Répertoire Denisart notait pour sa part que les textes relatifs au droit des colons sur leurs esclaves en France n'ont jamais été publiés par le Parlement de Paris, « parce qu'on les a considérés comme contraire au droit commun du royaume, suivant lequel tout homme est libre, dès qu'il habite dans les pays soumis à nos lois » (J.-B. DENISART, *Collection de décisions nouvelles*, 9^e éd., t. III, 1775, v° Nègres, n° 44, p. 312).

(358) Spéc. pour insolvabilité, au bénéfice du créancier, ou comme peine accessoire d'une condamnation à mort ou aux mines.

(359) Si l'on trouve trace de la *capitis deminutio* au I^{er} siècle avant notre ère, sa tripartition s'affirmera pour la première fois chez GAIUS, Inst., I, 159 à 162. Plus tard, v. encore ULPIN, Reg., XI, 10 à 13; PAUL, in Dig., IV, V, 7 et 11; Inst. Justinien, I, XVI, 1. Sur la question, v. not. F. DESSERTAUX, *Études sur la formation historique de la capitis deminutio*, t. I, *Ancienneté respective des cas et des sources de la capitis deminutio*, A. Rousseau et H. Champion, Paris, et Damidot *et al.*, Dijon, 1909.

(360) Inst. Gaius, III, 128 et 153; Dig., XXIV, I, 32, § 6, et Nov., XXII, IX. Sur cet emploi, v. not. A. E. GIFFARD, *Précis de droit romain*, t. I, 4^e éd., Dalloz, 1951, nos 528 et 529, pp. 310-311.

(361) La *capitis deminutio* ne doit donc pas se traduire pour cette époque comme simple incapacité. En ce sens, v. ainsi J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, n° 63, p. 51, note 1.

(362) V. *supra*, nos 60 et 61.

La mort civile ressuscita au XIII^e siècle, appliquée au profès, mort au siècle pour être entré en religion en prononçant les vœux perpétuels⁽³⁶³⁾. Il s'est ici encore agi à l'origine d'allouer ses biens à sa succession familiale plutôt que, en l'occurrence, à l'Église. Par la suite, la mort civile fut utilisée, comme elle le fut en droit romain, en tant que peine accessoire contre les condamnés à mort ou à perpétuité⁽³⁶⁴⁾. Abolie pour les religieux à la Révolution⁽³⁶⁵⁾, elle persistera cependant pour les mêmes condamnés, étendue en outre aux déportés⁽³⁶⁶⁾, jusqu'au milieu du XIX^e siècle⁽³⁶⁷⁾. Mais depuis que l'esclavage fut, sinon tout à fait désavoué, du moins rejeté hors du pays⁽³⁶⁸⁾, il était apparu que toute forme de disgrâce ne put être en réalité que relative. Mort civilement, et comme tel dépouillé de ses biens au profit de sa succession ouverte *ab intestat*, privé de ses droits politiques et de sa puissance paternelle, subissant la dissolution de son mariage, interdit d'en conclure un autre, de transmettre ou de recevoir à titre gratuit⁽³⁶⁹⁾, et d'agir seul en justice⁽³⁷⁰⁾, le condamné n'en demeurerait pas moins capable du reste, c'est-à-dire notamment de contracter à titre onéreux, et d'acquérir à nouveau de cette façon des biens, des créances et des dettes reconstituant l'actif et le passif d'un patrimoine dont il n'a jamais été défait. De même demeurerait-il encore responsable civilement et pénalement. Cette mort civile, aussi sévère fût-elle, n'avait donc plus la portée qui fut originairement la sienne et que suggérerait son nom. Elle n'était en réalité rien d'autre qu'une forme étendue d'incapacité de jouissance⁽³⁷¹⁾ fulminée en peine contre une personne juridique pleinement reconnue, avant comme après sa déchéance⁽³⁷²⁾. Le mariage ou le contrat de bienfaisance conclus par le mort civil en contravention de sa peine étaient nuls de nullité absolue plutôt qu'inexistants.

63. L'absent – Celui dont on ne sait où il se trouve, ni s'il est vivant ou mort, répond d'une personnalité rendue d'autant plus incertaine que le temps aura passé. Mais si « *le sujet*

(363) V. A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.* (*supra*, note 120), n° 46, p. 61.

(364) Encore l'Ancien droit n'y a-t-il jamais vu en ce cas qu'une forme primitive de *capitis deminutio* (v. *supra*, *eod. num.*), allouant la succession du mort civil au seigneur puis au roi plutôt qu'aux ayants cause. Ce n'est qu'avec le Code de 1804 que la succession s'ouvrira, du vivant du mort civil, aux héritiers *ab intestat* (art. 25 orig., al. 1^{er}), l'État recueillant toujours, au décès, les biens ultérieurement acquis (art. 33 orig.).

(365) Décr. 13 févr. 1790.

(366) Décr. 28 mars et 17 sept. 1793 ; C. pén. 1810, art. 18.

(367) L. 8 juin 1850 et L. 31 mai 1854.

(368) V. esclavage colonial, *supra*, n° 61.

(369) Sauf aliments (C. civ., art. 25 orig., al. 3, *in fine*).

(370) La liste, limitative, de ces déchéances est celle que dressait à l'origine l'article 25 du Code civil.

(371) Seule son amplitude la distinguait donc de l'interdiction légale ailleurs prévue par le Code pénal de 1810 pour les autres condamnés à une peine afflictive ou infamante (art. 29 à 31) et désormais abolie à son tour par le nouveau Code pénal.

(372) En ce sens, v. par ex. V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 5^e éd., Cotillon, t. I, 1852, n° 165, pp. 121-122, puis n°s 173 à 175, pp. 128-129 ; Ch. AUBRY et Ch. RAU, *op. cit.* (*supra*, note 64), § 53, p. 181 ; D. et A. DALLOZ, *Jurisprudence générale – Répertoire méthodique et alphabétique*, 2^e éd., t. XVIII, 1870, v° Droit civil, n° 654, pp. 203-204 ; M. PLANIOL, *op. cit.* (*supra*, note 14), n°s 372 et 373, p. 142 ; G. GOUBEAUX, *op. cit.* (*supra*, note 4), n° 5, p. 15.

de droit dont l'existence est en doute est un douteux sujet de droit »⁽³⁷³⁾ ce n'est, précisément, que dans la mesure où l'absent peut être décédé. Ce n'est donc pas tant l'absence en soi que le spectre de la mort qui menace sa personnalité juridique. On observe cependant que, même sous cette ombre, le droit, sauf à se satisfaire d'un doute, ne réduit pas la personnalité de celui dont la survie serait devenue incertaine.

Le statut de l'absent ne s'est véritablement forgé qu'au Moyen Âge⁽³⁷⁴⁾, se conformant d'emblée à une logique évolutive caractéristique : plus l'absence aura duré, moins l'absent sera réputé vivant. Mais ne considérant alors que le seul intérêt du disparu, l'Ancien droit n'admettait très généralement de conclure à son décès que lorsque toute survie était devenue invraisemblable, retardant parfois d'un siècle l'ouverture de la succession. Dans l'attente, les ayants cause étaient envoyés en possession provisoire dans les biens de l'absent, réputé toujours vivant ; il en résultait que ces envoyés en possession n'étaient jamais que dépositaires et administrateurs d'un patrimoine dont la personne de l'absent n'avait pas cessé d'être titulaire. Les engagements pris par eux sur ces biens l'étaient donc pour le compte de l'absent.

Le Code civil entérinera cette chronologie de l'absence, distinguant la période conservatoire initiale, dite de présomption d'absence, de la période intermédiaire de l'envoi en possession provisoire, obtenue par déclaration judiciaire d'absence, et de loin la plus longue : il fallait encore trente ans, sinon cent depuis sa naissance, pour que le déclaré absent fût présumé décédé⁽³⁷⁵⁾. Néanmoins, avant même le constat de son décès, l'absent ne pouvait plus recueillir les biens qui lui auraient été ultérieurement échus⁽³⁷⁶⁾. La solution est assez extraordinaire pour être remarquée : pendant près de deux siècles, le droit français a ainsi fait de l'absent un vivant pour le passé mais un mort pour l'avenir⁽³⁷⁷⁾. Réputée à la fois conservée et disparue, la personnalité juridique a bien pu être un temps, au cas exclusif du déclaré absent, partielle⁽³⁷⁸⁾.

(373) J. CARBONNIER, « Sur les traces du non-sujet de droit », préc. (*supra*, note 5), *Arch. phil. dr.*, t. 34, p. 200, et *Flexible droit*, p. 235.

(374) Sur les détails de cette évolution, v. not. J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *op. cit.* (*supra*, note 361), n^{os} 206 à 208, pp. 252-260.

(375) La présomption n'étant jamais que simple, on en a parfois exagérément déduit qu'elle n'existait pas.

(376) Art. 135 et 136 orig.

(377) Conformément au principe de droit transitoire plus tard énoncé comme celui de la survie de la loi ancienne, la personnalité de l'absent subsistait encore cependant pour les situations juridiques d'ores et déjà constituées au jour de sa disparition. Seuls les droits et obligations viagers disparaissaient avec la déclaration d'absence (v. D. et A. DALLOZ, *op. cit.* (*supra*, note 372), t. II, 1846, v^o Absence - Absent, n^{os} 497 et 498, p. 108). Ainsi le Code civil de 1804 dissolvait-il la communauté conjugale avec l'envoi en possession provisoire (art. 124 orig.) ; et s'il n'a osé prononcer directement la dissolution du lien matrimonial lui-même, au moins aurait-on pu la déduire de ses dispositions : réservant l'action en nullité au seul cas où pouvait être apportée la preuve de la survie de l'absent, l'article 139 validait nécessairement, *a contrario*, le second mariage contracté par l'époux du déclaré absent.

(378) On trouve donc ici la seule exception passée au principe d'unicité de la personne juridique depuis que celui-ci s'est imposé (sur lequel, v. *supra*, n^o 58). Il pourrait certes toujours être envisagé de faire appel à une incapacité de recevoir et de disposer pour l'avenir, de façon à éviter d'admettre l'anomalie, mais il est trop évident pour le soutenir que la déchéance du déclaré absent se fonde sur une présomption de décès, c'est-à-dire sur la disparition de sa personnalité juridique. Puisque l'on ne peut logiquement pas présumer dans le même temps la survie et le décès d'une personne, il faut se résoudre à constater que le Code civil,

(suite p. suiv.)

Mais le système du Code civil a été longtemps critiqué, moins à dire vrai pour la partition opérée de la personnalité juridique que pour la faveur encore réservée à l'absent. Il fut finalement réformé, et les intérêts bien certains des vivants furent enfin reconnus supérieurs à ceux, tout éventuels, des absents⁽³⁷⁹⁾. Déjà avait-on autorisé, au cas de disparition⁽³⁸⁰⁾, à déclarer judiciairement et immédiatement le décès⁽³⁸¹⁾ ; désormais, on n'hésiterait plus non plus à présumer décédé celui qui, réputé vivant pendant dix ou vingt ans d'absence, aura été déclaré absent (C. civ., art. 128).

Comme toute autre personne, l'absent ne subit donc plus aucune réduction de sa personnalité juridique : vivant ou mort, il ne peut plus être les deux à la fois. Tant qu'il est présumé absent il est aussi présumé vivant, et sa personnalité demeure intacte ; dès lors qu'il est déclaré absent il est réputé mort, et sa personnalité disparaît entièrement avec lui. Son prédécès ou sa survie peuvent bien être établies *a posteriori* de façon à renverser rétroactivement la présomption de vie ou de mort dont il était l'objet, il n'y aura là rien de plus que la rectification d'un état civil erroné⁽³⁸²⁾, de la même façon que l'on devra rétablir l'état civil de celui dont on avait ignoré la disparition ou dont, à l'inverse, on avait cru pouvoir prononcer le décès⁽³⁸³⁾.

64. Une personnalité nécessaire – « *À ce compte, la conclusion est éclatante : il n'y a plus, en France, d'absolu non-sujet de droit.* »⁽³⁸⁴⁾ Encore faut-il ajouter qu'il n'y en a à peu près

réputant d'abord vivant le présumé absent, puis décédé l'absent définitivement déclaré, ne présumait plus rien s'agissant de l'absent provisoirement déclaré. V. ainsi F.-D. TRONCHET, discussion en Conseil d'État, séance du 16 fruct. an IX (*in* P. A. Fenet, *op. cit.* (*supra*, note 68), t. XII, p. 365 et s., spéc. art. 120, p. 373, et J.-G. Locré, *op. cit.* (*ibid.*), t. IV, p. 18, n° 40) : « *Il est ridicule de déclarer l'absent mort : un absent n'est, aux yeux de la loi, ni mort ni vivant* ».

Comp. avec la situation juridique du mort civil qui pourrait apparaître, à l'inverse, comme défunt pour le passé (sa succession étant ouverte) et vivant, même juridiquement incapable, pour l'avenir (v. *supra*, n° 62). Mais un décès limité au passé n'en n'est pas un ; on ne peut donc pas dire de la mort civile qu'elle conduit à conférer de la même façon une personnalité partielle au condamné.

(379) L. 77-1447 du 28 déc. 1977 (C. civ., art. 112 à 132).

(380) C'est-à-dire, strictement, lorsque la personne disparaît dans des circonstances propres à faire présumer sa mort.

(381) Décr. 3 janv. 1813, art. 19, pour les accidents de mines ; L. 8 juin 1893, pour les disparitions en mer ; L. 31 mai 1924, pour les « *disparus de l'air* » ; L. 9 avril 1930, à l'égard des disparus pour fait de guerre ; et, enfin, pour tous disparus, ord. 23 août 1958 (C. civ., art. 88 à 92).

(382) Il ne s'agit donc en rien d'une personnalité juridique conditionnelle : tant qu'il est réputé vivant, l'absent demeure pleinement une personne ; réputé décédé, rien ne subsiste de sa personnalité passée (rien de plus du moins que pour tout autre défunt). Certes, la découverte de l'erreur poursuivie par la présomption agira à la manière d'une condition résolutoire, mais il n'y aura là que l'effet du rétablissement de la vérité et non pas le jeu naturel d'un événement que l'on aurait prévu et dont les tiers informés auraient dû anticiper la réalisation. Raison pour laquelle les conventions passées sur les biens ayant appartenus au déclaré absent demeureront valablement conclues (C. civ., art. 130, qui entérine les aliénations de ces biens et les acquisitions réalisées avec ceux-ci), alors même que les parties n'auraient par hypothèse nullement ignoré cette absence ni, par conséquent, l'incertitude du décès. La rectification consécutive de l'état civil passera ainsi pour une annulation plutôt que pour une résolution (rapp. art. 129), et les actes conclus seront maintenus en vertu de la croyance légitime des parties, qui n'étaient pas tenues d'envisager l'hypothèse dans laquelle le déclaré absent, réputé mort par la loi, eût été en réalité vivant.

(383) V. ainsi, pour la déclaration judiciaire de décès erronée, C. civ., art. 92.

(384) J. CARBONNIER, « Sur les traces du non-sujet de droit », préc. (*supra*, note 5), *Arch. phil. dr.*, t. 34, p. 205, et *Flexible droit*, p. 243.

jamais eu⁽³⁸⁵⁾, et qu'il n'y en a pas plus aujourd'hui sous quelque forme imparfaite que ce soit : toute personne humaine reste aussi indivisible en droit qu'en fait. On peut donc affirmer que, la personne vivant, le contrat qu'elle conclura en conscience existera nécessairement. Quoique l'assertion demande à être quelque peu révisée pour les personnes morales.

2. La personne morale défaite de sa personnalité

65. Une privation intégrale – S'il peut arriver que la personne morale, pourtant avérée, soit privée de la qualité de sujet de droit, en tout cas cette soustraction est-elle toujours intégrale. On n'imagine pas plus pour les personnes morales que pour les personnes physiques d'attribuer une personnalité juridique partielle⁽³⁸⁶⁾. Et le principe de spécialité, d'après lequel toute personne morale ne se verrait dotée que d'une capacité circonscrite à l'objet de son activité, n'y change rien : ici encore, l'incapacité, quelle qu'elle soit, ne diminue pas la personnalité juridique de celui qui en est atteint⁽³⁸⁷⁾.

66. Une privation exceptionnelle – Il est entendu que toute personne morale est par nature dotée de la personnalité juridique⁽³⁸⁸⁾. Mais, exceptionnelles en droit, les dérogations au principe le sont bien moins en pratique : la loi soustraira à la personne morale la qualité de sujet de droit chaque fois que n'aura pas été réalisée la condition réglementaire de son octroi.

Cette soustraction peut être volontaire lorsque l'attribution de la personnalité juridique est abandonnée à la faculté des fondateurs⁽³⁸⁹⁾. Elle peut aussi être exclusivement réglementaire, et l'on en constate alors trois formes. La personne morale pourra d'abord être privée de sa personnalité juridique de façon initiale et définitive, sans jamais se la voir attribuer⁽³⁹⁰⁾ ; cette privation initiale pourra encore n'être que temporaire, précédant le

(385) En France, particulièrement.

(386) Sur ce constat général, v. *supra*, n° 58. Et, plus spécialement, au sujet des personnes morales, v. V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, th. Bruxelles, Bruylant, 1995, spéc. nos 510 à 523, pp. 449-454 ; N. MATHEY, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, th. Paris II, 2001, n° 731 et s., pp. 345-368 ; B. DONDERO, *op. cit.* (*supra*, note 103), n° 1177, pp. 628-629 ; N. BARUCHEL, *op. cit.* (*supra*, note 318), n° 566 et s., pp. 316-320. Comp. lorsque la personnalité juridique demeure après dissolution de la personne morale, *infra*, n° 72, spéc. note 433.

(387) La confusion est pourtant là aussi classique : n'enseigne-t-on pas que les associations qui n'ont pas été reconnues d'utilité publique ne seraient dotées que d'une « *petite personnalité* », eu égard à l'interdiction qui leur est faite de recevoir à titre gratuit ? V. égal., en législation, ord. 45-280 du 22 févr. 1945, art. 2, qui renvoie à un décret d'application le soin de déterminer « *l'étendue de la personnalité civile* » du comité d'entreprise. Sur cette critique, v. par ex. F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *op. cit.* (*supra*, note 2), n° 268, p. 250.

(388) V. *supra*, n° 27.

(389) V. *supra*, n° 44, spéc. note 229.

(390) Chaque fois en particulier que l'attribution de la personnalité juridique est subordonnée à une condition réglementaire qui ne sera pas accordée, telle que la « *reconnaissance légale* » pour les congrégations religieuses ou la reconnaissance d'utilité publique pour les fondations (v. *supra*, n° 27, spéc. note 128).

moment où la qualité de sujet de droit lui sera finalement conférée⁽³⁹¹⁾ ; elle pourra enfin intervenir de façon ultérieure et définitive, après que le droit lui eut reconnu un temps sa personnalité⁽³⁹²⁾.

Le contrat conclu par une personne morale ainsi privée de personnalité juridique sera donc aussi inexistant que s'il avait été conclu au nom d'une personne morale elle-même inexistante⁽³⁹³⁾, qu'elle n'ait jamais été définitivement instituée ou qu'elle fût déjà parvenue au terme de son existence⁽³⁹⁴⁾.

§ 2 – La personnalité éteinte au terme de son existence

67. Le contrat en cortège – La personnalité s'éteindra naturellement avec la personne. Or la disparition prématurée du sujet de droit (A), et du contractant à venir (B), entraînera le contrat resté en formation dans son trépas.

(391) Comment comprendre autrement la solution selon laquelle la personnalité juridique de la fondation constituée entre vifs ne serait reconnue que du jour de la reconnaissance d'utilité publique, sans rétroactivité (v. *supra*, n° 44, note 231) ? Pour toute la période antécédente, écoulée entre la date de l'affectation constitutive et celle de la reconnaissance réglementaire, la personne morale de la fondation aura été privée de personnalité juridique (sur cette critique, v. *supra, ibid.*).

(392) Lorsque l'autorisation réglementaire d'abord obtenue sera finalement retirée à la fondation dont l'utilité publique deviendrait discutée ou à la congrégation religieuse dont l'existence serait dorénavant jugée inopportune, ou encore lorsque l'on constatera l'illicéité de l'activité réelle d'une association régulièrement déclarée : v. not. L. 10 janv. 1936, pour les groupes de combat et milices privées (rédict. orig.), les associations qui menaceraient l'intégrité républicaine (rédict. ord. 30 déc. 1944), les associations racistes, antisémites ou xénophobes (rédict. L. 72-546 du 1^{er} juill. 1972) et les associations terroristes (rédict. L. 86-1020 du 9 sept. 1986) ; L. 2001-504 du 12 juin 2001, art. 1^{er}, pour les personnes morales pénalement condamnées du fait de leur activité sectaire ; C. sport, art. L. 332-18, al. 1^{er}, rédict. L. 2006-784 du 5 juill. 2006, pour les associations dont les membres ont commis des actes répétés de violence, de dégradation ou de provocation à l'occasion d'une manifestation sportive. C'est également, depuis le 1^{er} novembre 2002, le cas des sociétés civiles constituées sans immatriculation avant l'entrée en vigueur de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 généralisant l'immatriculation comme condition d'attribution de la personnalité juridique des sociétés (C. civ., art. 1842) : de ce jour, et à défaut d'immatriculation, ces sociétés se voient en effet privées de la personnalité juridique qui était alors la leur pour être ravalées au rang de simples participations (L. 2001-420 du 15 mai 2001, art. 44 ; rép. min. n° 24207, *JOAN*, Q, 24 févr. 2004, p. 1445). Encore la soustraction de la qualité de sujet de droit dans cette dernière hypothèse tient-elle autant à la volonté du législateur qu'à celle des associés, qui peuvent toujours procéder à cette formalité.

On observe que, en ce cas, la personnalité est soustraite à une personne morale toujours existante. Comp. avec la personnalité éteinte au terme de l'existence de la personne morale, *infra*, n° 71.

(393) Comp. Req., 5 mai 1879, *J.* 1879, I, p. 313 ; *DP* 1880, I, p. 145, concl. A. Robinet de Cléry et note Ch. Beudant, qui sanctionne de nullité absolue la donation consentie à une congrégation religieuse non autorisée et comme telle dépourvue de personnalité juridique.

(394) On renverra donc à l'étude de l'inexistence du contractant selon qu'il n'a pas même existé sous condition (*supra*, n° 28 et s.), que la condition fut défaillie (*supra*, n° 45 et s.), ou qu'il a disparu (*infra*, n° 73 et s.).

A - LA DISPARITION DU SUJET DE DROIT

68. Les causes d'une disparition – Toute personne vient à la vie sous la menace de sa propre fin : les personnes physiques décèdent (1) et les personnes morales se dissolvent (2).

1. La personne physique décédée

69. Le moment de la mort – La mort s'oppose à la vie non seulement de façon ontologique⁽³⁹⁵⁾, mais encore parce qu'elle réside dans un instant, quand la vie s'inscrivait dans une durée. Tandis que la vie est un état, la mort est l'événement qui en marque le terme⁽³⁹⁶⁾. Elle ne consiste donc pas en ce lent processus de dégénérescence qui accompagne le corps humain le plus long de son existence, *ante* puis *post mortem*⁽³⁹⁷⁾. L'impossible coexistence de la vie et de la mort postule, si l'on veut encore voir la vie dans le corps mourant, de retarder la mort à l'instant où ne sera plus constaté aucun signe de vie.

L'arrêt de la fonction respiratoire marquait traditionnellement le terme de l'existence : on rendait son dernier souffle. Ce fut aussi, plus aval, le cœur qui s'arrêtait de battre⁽³⁹⁸⁾. Mais l'apparition des techniques de réanimation a obligé la médecine à ne plus se contenter de cette seule apparence et à repousser encore le moment du constat clinique de la mort⁽³⁹⁹⁾. Le droit entérina finalement cette évolution en se saisissant pour la première fois de la question de la détermination juridique de la mort, pour la subordonner à la double condition de la mort cardio-vasculaire et de la mort cérébrale⁽⁴⁰⁰⁾. Si la personne dont les fonctions cérébrales ont cessé toute activité bénéficie d'une assistance mécanique à la respiration, on devra par conséquent vérifier l'absence de toute ventilation spontanée afin de s'assurer de son décès⁽⁴⁰¹⁾. L'activité cardio-vasculaire maintenue de façon purement artificielle n'empêchera donc pas le constat de la mort⁽⁴⁰²⁾ ; elle permettra seulement de préserver un temps les organes du corps défunt en vue de leur transplantation éventuelle.

(395) V. *supra*, n° 1, note 2.

(396) Ce qui dure au-delà de la mort n'est déjà plus la mort elle-même, mais la simple absence de vie.

(397) Comp. la réminiscence de la personnalité passée au-delà de la mort, *infra*, n° 70, *in fine*.

(398) Rappr. au commencement, s'agissant du critère de la naissance, *supra*, n° 41.

(399) V. C. CHABAULT, « Notion de personne et mort, ou le statut juridique du cadavre », *PA* 3 mai 1996, n° 54, pp. 4-8, spéc. nos 8 à 24.

(400) C. santé publ., art. R. 1232-1 et R. 1232-2 (art. R. 671-7-1 et R. 671-7-2 anc., rédact. décr. 96-1041 du 2 déc. 1996). Le texte n'oblige pas à renouveler l'examen en l'absence de respiration artificiellement maintenue ; mais certains traumatismes, telles que l'hypothermie ou l'absorption massive de sédatifs, pouvant provoquer les mêmes symptômes de façon parfois temporaire, les médecins sont invités à renouveler ce constat (sur cette invitation à la prudence, v. ainsi circ. DGS 96-733 du 4 déc. 1996).

(401) Par une épreuve d'hypercapnie, c'est-à-dire par mesure du taux de gaz carbonique dans le sang (C. santé publ., art. R. 1232-2).

(402) Jugé ainsi que devait être considéré comme cliniquement et juridiquement mort le patient maintenu en état de survie somatique par une activité respiratoire artificielle alors qu'avait été constatée la cessation de toute activité cérébrale (CE, ass., 2 juill. 1993, *Milhaud*, n° 124960, *Rec.*, p. 194 ; *RFDA* 1993, p. 1002, concl. D. Kessler ; *AJDA* 1993, p. 530, obs. C. Maugué et L. Touvet ; *JCP* 1993, II, 22133, note P. Gonod ;

(suite p. suiv.)

On observe de cette façon que si la médecine, et le droit, ne se contentent plus de la seule mort apparente⁽⁴⁰³⁾, la vie apparente, à l'inverse, interdira toujours le constat de la mort, quand bien même le décès consécutif serait-il inéluctable. Il est possible de le vérifier facilement au cas de cessation de toute activité cérébrale antérieure à la mort cardio-vasculaire : la médecine n'étant jamais parvenue à réanimer la personne en état de mort cérébrale, n'ayant même jamais constaté sa réanimation spontanée au-delà de courts délais et de rares pathologies⁽⁴⁰⁴⁾, il aurait été envisageable d'associer le constat du décès à celui de la seule mort cérébrale d'un corps qui aurait maintenu néanmoins, en vain, une activité cardio-vasculaire. Mais en l'acceptant, on aurait admis comme mort celui qui montrait encore des signes de vie. En le refusant, on reconnaît que cette vie apparente est peut-être un peu plus qu'une illusion.

Elle l'est d'autant plus que c'est précisément l'activité cardio-vasculaire qui permettra de maintenir la cohésion cellulaire du corps, lequel, sans elle, est irrémédiablement voué, après quelques heures, à la décomposition. Si l'activité cérébrale peut subsister après l'arrêt des fonctions respiratoires, ce ne sera là encore que pour ce bref délai ; après quoi, son achèvement, terme de toute fonction végétative, marquera le début de la désorganisation moléculaire du corps, c'est-à-dire la mort⁽⁴⁰⁵⁾.

70. Le statut du mort – La mort opère une dissociation symptomatique entre le corps et la volonté du défunt, jusqu'alors unis dans sa personne.

La personnalité disparue, il n'est guère contestable que, dans une logique dichotomique, le corps gisant se trouve ravalé au rang de chose⁽⁴⁰⁶⁾. Il n'est aucun besoin à cet égard de renoncer à la salutaire assimilation de la personnalité juridique à la personnalité humaine⁽⁴⁰⁷⁾ pour assurer la protection du cadavre. Il est inutile et spécieux de prétendre à cette fin voir dans le cadavre une personne humaine désormais dépourvue de personnalité juridique ; on se refusera à admettre toute fiction qui consisterait à personnaliser un corps sans vie. Une chose peut certainement être humaine, mais précisément alors parce qu'elle n'est plus

RTD civ. 1993, p. 805, obs. J. Hauser ; D. 1994, p. 74, note J.-M. Peyrical, et chr., p. 352, par G. Lebreton). Il faut encore en déduire que les médecins ne seront pas tenus de réanimer l'activité cardio-vasculaire qui viendrait à défaillir chez un patient en état de mort cérébrale, c'est-à-dire, en l'hypothèse, de tenter de ressusciter un mort.

(403) Rapp. le constat du début de la vie, aujourd'hui avancé en deçà de sa manifestation sensible, *supra*, n° 23.

(404) V. *supra*, eod. num., note 400.

(405) Où l'on retrouve logiquement le même critère que celui qui avait permis de marquer le début de la vie au jour de la conception (v. *supra*, n° 22).

(406) V. ainsi 2^e civ., 17 juill. 1991, *Bull.*, II, n° 233 ; RTD civ. 1992, p. 412, obs. P.-Y. Gautier, décidant que l'hôpital, tenu de conserver le cadavre dans l'attente de sa mise en bière, engage sa responsabilité contractuelle en qualité de dépositaire lorsque le corps est retrouvé en état de décomposition.

Pour juger du contraire, et attribuer une personnalité diminuée au mort, il faut nécessairement commencer par rejeter cette dichotomie. V. not. en ce sens G. TIMBAL, *op. cit.* (*supra*, note 315) ; R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit », préc. (*supra*, note 24), p. 639 : « Nous ne voyons pas de raison pour que la qualité de sujet de jouissance soit limitée aux hommes actuellement vivants. » ; et encore J.-P. GRIDEL, « La condition juridique générale des personnes décédées », in *Introduction au droit et au droit français*, 2^e éd., Dalloz, 1994, pp. 747-759, spéc. p. 754, pour qui « le mort est seulement (!) investi d'une capacité de jouissance spéciale, limitée d'ailleurs à quelques droits extra-patrimoniaux ».

(407) Sur laquelle, v. *supra*, n° 16, in fine.

une personne : c'est le cas d'un produit du corps humain, de l'ovocyte fécondé *in vitro*⁽⁴⁰⁸⁾, et c'est le cas du cadavre. Si le corps défunt doit faire l'objet d'une protection particulière, ce n'est pas en tant que personne actuelle, mais au double constat de sa nature humaine et de sa personnalité passée⁽⁴⁰⁹⁾. On peut dès lors s'interroger sur les ambitions du droit pénal, qui sanctionne l'atteinte à la vie privée (C. pén., art. L. 226-1 et s.) ou au secret (art. L. 226-13 à 226-15) d'une personne disparue comme des atteintes à la personnalité (liv. II, tit. II, chap. VI)⁽⁴¹⁰⁾, tout en reconnaissant par ailleurs que le cadavre ne jouit plus de la personnalité juridique⁽⁴¹¹⁾. Faut-il donc considérer que, en cette matière, le gisant serait

(408) Qui a pour lui d'être, en plus, en vie : v. *supra*, n° 23.

(409) Ce qui permet à l'article 16-1-1, alinéa 1^{er}, du Code civil de disposer que « *Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort.* » (rédict. L. 2008-1350 du 19 déc. 2008). En ce sens, v. par ex. B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, th. Paris II, 1991, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 234, 1995, pp. 221-225, spéc. p. 225 : « *Ainsi, le mort, parce qu'il n'est plus une personne vivante, n'est plus un sujet de droit ; n'étant plus un homme, il échappe à la justice des hommes, mais parce qu'il en fut un, il oblige à un respect particulier.* » ; G. LOISEAU, « *Mortuorum corpus : une loi pour le respect* », D. 2009, Point de vue, p. 237 : « *après la mort, le corps est une chose et il n'est en vue que de le traiter avec dignité en mémoire de son humanité.* »

(410) C'est bien comme ayants droit de la victime, et non comme victimes eux-mêmes, que les héritiers sont admis à porter plainte (C. pén., art. 226-6), alors même que la personne protégée serait déjà décédée au moment des faits. V. ainsi CA Paris, 2 juill. 1997, *Mitterrand* (D. 1997, p. 596, 1^{re} esp., note B. Beignier) : « *le fait de prendre des photographies d'une dépouille mortelle porte incontestablement atteinte à la vie privée d'autrui, le respect étant dû à la personne humaine, qu'elle soit morte ou vivante* », motivation approuvée par Crim., 20 oct. 1998, *Bull.*, n° 264 (D. 1999, p. 106, note B. Beignier, qui souligne pour sa part la neutralité adoptée par la Cour de cassation sur la question). Pourtant, les « *diffamations ou injures dirigées contre la mémoire des morts* » par voie de presse ne sont pénalement sanctionnées « *que dans le cas où les auteurs de ces diffamations ou injures auraient eu l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers, époux ou légataires universels vivants.* » (L. 29 juill. 1881, art. 34, al. 1^{er}). Comp. avec le droit civil, qui interrompt la protection de l'article 9 du Code civil au décès de la personne protégée et qui ne prolonge au-delà l'obligation au secret que dans la mesure où celui-ci vaudrait encore pour les ayants cause (v. not. 1^{re} civ., 14 déc. 1999, *Mitterrand*, *Bull.*, I, n° 345 ; JCP 2000, II, 10241, concl. C. Petit ; D. 2000, p. 372, note B. Beignier, et SC, p. 266, obs. Ch. Caron ; RTD civ. 2000, p. 291, obs. J. Hauser), leurs intérêts ne prévalant toutefois pas indéfiniment sur la liberté d'expression (même affaire : Cour EDH, 18 mai 2004, req. n° 58148/00, *Plon c. France* ; D. 2004, p. 1838, note A. Guedj, et SC, p. 2539, obs. N. Fricero). V. encore, pour le secret bancaire : 1^{re} civ., 2 juin 1993, *Bull.*, I, n° 197 ; D. 1994, p. 582, note B. Fauvarque-Cosson ; Com., 16 janv. 2001, *Bull.*, IV, n° 12, qui peut se comprendre comme assurant la protection des associés de la société liquidée ; Com., 25 févr. 2003, *Bull.*, IV, n° 26 ; *Rapp.*, p. 414 ; RTD civ. 2003, p. 477, obs. J. Hauser, qui étend la protection à ceux « *qui ont eu le pouvoir de faire fonctionner le compte* ».

On pourrait également, et surtout, évoquer l'atteinte à l'intégrité du cadavre (C. pén., art. 225-17), incriminée par le Code pénal comme une atteinte à la dignité de la personne humaine (liv. II, tit. II, chap. V). Mais il apparaît que la dignité de la personne doit en réalité se comprendre comme visant plus largement la dignité de l'espèce humaine (c'est au travers de la qualification du crime contre l'humanité que la notion de dignité a pénétré le droit contemporain), raison pour laquelle le droit civil admet à son tour, au fondement de l'article 16 de son Code, que cette dignité puisse être encore protégée au-delà de la mort (v. not. 1^{re} civ., 20 déc. 2000, *Erignac*, *Bull.*, I, n° 341 ; D. 2001, chr., p. 872, par J.-P. Gridel, et SC, p. 1990, 1^{re} esp., obs. A. Lepage ; JCP 2001, II, 10488, note J. Ravanis ; RTD civ. 2001, p. 329, obs. J. Hauser), de même que le juge administratif a pu interdire une activité jugée indigne contre la volonté même du principal intéressé (CE, 27 oct. 1995, n° 136727, *Rec.*, p. 309 ; RJDA 1995, p. 878, note P. Frydman ; AJDA 1995, p. 942 ; D. 1996, p. 177, note G. Lebreton). Encore les solutions parfois adoptées surmontent-elles difficilement l'attraction de la personne défunte. V. ainsi CE, ass., 2 juill. 1993, *Milhaud*, préc. (*supra*, note 402) : « *les principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine, qui s'imposent au médecin dans ses rapports avec son patient ne cessent pas de s'appliquer avec la mort de celui-ci* » ; puis C. déont. méd., art. 2 (décr. 95-1000 du 6 sept. 1995) : « *Le médecin, au service de l'individu et de la santé publique, exerce sa mission dans le respect de la vie humaine, de la personne et de sa dignité. – Le respect dû à la personne ne cesse pas de s'imposer après la mort.* »

(411) Raison pour laquelle l'action publique s'éteint avec le décès du délinquant (C. proc. pén., art. 6, al. 1^{er}), comme on l'admet pour l'exécution de la peine en vertu, précisément, du principe de personnalité des peines.

L'Ancien droit pouvait bien attirer au procès le corps défunt, et abattre sur lui le glaive de sa justice, il s'en faut qu'il l'ait pour autant personnalisé. Sur cette question, v. J. BRÉGEAULT, « Procès contre les
(suite p. suiv.)

toujours une personne humaine tout en étant réduit au statut juridique de chose⁽⁴¹²⁾ ? Ou faut-il comprendre que la seule personne humaine ici protégée est en réalité, au travers du corps décédé, le souvenir de la personne défunte⁽⁴¹³⁾ ?

Tirée du souvenir de la personnalité passée, demeurera, outre le corps, la volonté du défunt, pour autant que celle-ci aura été émise en vue de la mort⁽⁴¹⁴⁾. Il s'en trouve assez de manifestations : dans les limites de la liberté successorale, la volonté du *de cuius* désignera les successeurs ; sa volonté funéraire obligera chacun pénalement⁽⁴¹⁵⁾ ; son œuvre devra être protégée par ses ayants cause, lesquels interviendront non ès qualités mais comme représentants de la volonté de l'auteur⁽⁴¹⁶⁾ ; son refus opposé à tout prélèvement s'imposera aux médecins⁽⁴¹⁷⁾. La mort octroie une force nouvelle et supérieure à la volonté : chacun sera désormais tenu de respecter une volition qui n'obligeait hier personne qui ne l'eût préalablement acceptée. La source tarie, le droit se charge ainsi de protéger à son tour une volonté devenue orpheline, jusqu'alors soumise à la seule protection de son auteur :

cadavres dans l'ancien droit », *RHD* 1879, p. 619 ; A. LECA, « Essai sur la personnalité juridique des morts dans l'ancien droit français », in *Le droit dans le souvenir – Liber amicorum Benoît SAVELLI*, PUAM, 1998, pp. 289-323, spéc. p. 315 et s. ; A. LAINGUI, art. préc. (*supra*, note 27). Rappr. les procès organisés contre les animaux, ou toutes autres choses, *supra*, n° 21, spéc. note 27.

(412) En ce sens que, protégeant, à la différence du droit civil, la personne humaine non comme sujet mais comme objet de droit (v. *supra*, n° 16), le droit pénal admettrait de reconnaître encore cette personnalité protégée au-delà de la disparition du sujet de droit.

(413) En ce sens, v. par ex. G. LOISEAU, « Pour un droit des choses », préc. (*supra*, note 48), spéc. n° 6, pp. 3017-3018. On aimerait privilégier cette analyse, mais la qualification réservée par le Code pénal à la violation de la volonté du défunt n'y invite pas, qui tend à en faire cette fois une atteinte à l'autorité de l'État plutôt qu'à la personne disparue... : v. *infra*, *eod. num.*, spéc. note 415.

(414) Soulignant cette survie de la volonté du défunt, v. G. GOUBEAUX, *op. cit.* (*supra*, note 4), n° 52 et s., pp. 66-77, spéc. n° 53, p. 68 : « *De même que la lumière d'étoiles éteintes depuis des siècles continue de nous parvenir, la volonté d'une personne disparue émise dans le passé, agit encore sur les vivants.* » V. encore J.-P. GRIDEL, « L'individu juridiquement mort », *D.* 20 avril 2000, n° 16, suppl., *Quelques aspects du droit de la mort*, 3^e journ. Paris V - Droit, pp. 266-6 à 266-14, spéc. pp. 266-9 à 266-11.

(415) C. pén., art. 433-21-1. On remarque cependant que le Code pénal ne voit curieusement plus dans le respect de la volonté du défunt que celui de son état civil et, par là, de l'autorité de l'État (liv. IV, tit. III). Comp. lorsqu'il s'agit du respect du corps du défunt, *supra*, *eod. num.*, spéc. note 410.

(416) V. ainsi CA Paris, 9 juin 1964 (*JCP* 1965, II, 14172, note A. Françon) : « *L'ayant-droit ne se présente plus comme le continuateur de la personne du défunt, mais bien comme le gardien naturel de sa mémoire [...] l'exercice de ce droit moral doit être dicté par le souci de respecter la volonté de l'auteur avant de servir les intérêts de l'héritier* » Il est assez remarquable à cet égard que la Cour de cassation érige l'association *post mortem* de la personnalité et de la volonté de l'auteur défunt comme condition à l'exercice du droit de divulgation par ses ayants droit. V. par ex. 1^{re} civ., 24 oct. 2000, *Bull.*, I, n° 226 ; *D.* 2001, p. 918, note Ch. Caron ; 3 nov. 2004, *Bull.*, I, n° 247 ; *D.* 2004, *AJ*, p. 3223, obs. Ph. Allaëys ; 25 mai 2005, *D.* 2005, *AJ*, p. 1698, obs. J. Daleau, répétant pour attendu de principe que « *le droit de divulgation post mortem [...] doit s'accorder avec la personnalité et la volonté de l'auteur telle que révélée et exprimée de son vivant* ». Rappr. C. propr. intell., art. L. 121-2, al. 2, qui attribue prioritairement le droit de divulgation de l'œuvre à l'exécuteur testamentaire plutôt qu'aux ayants cause.

L'œuvre peut aussi être celle d'une fondation : c'est bien à l'origine pour maintenir la volonté du fondateur au-delà de sa mort que l'on a personnalisé son affectation. V. ainsi T. SAUVEL, « Les fondations – Leurs origines, leur évolution », *RDP* 1954, p. 325 et s., spéc. p. 327 ; R. FEENSTRA, « Le concept de fondation du droit romain classique jusqu'à nos jours – Théorie et pratique », *RID Antiq.* 1956, p. 245 ; J.-L. MESTRE, « Les fondations dans l'histoire », in *Les fondations, un mécénat pour notre temps*, Economica, 1987, p. 11 ; J. IMBERT, « Aperçu historique sur les fondations en droit français », in *Le droit des fondations en France et à l'étranger*, Doc. fr., 1989, p. 21. Sur la personnalité juridique des fondations, v. *supra*, n° 26.

(417) C. santé publ., art. L. 1232-1, al. 2, *a contrario*.

« *Le de cuius, une fois mort, continue à gouverner et commande ainsi du tombeau* »⁽⁴¹⁸⁾. On peut certainement y voir l'expression du respect porté aux morts, dans l'attachement au souvenir de la personne disparue, mais ce respect ne se comprend que par celui, préalable et fasciné, manifesté envers la mort elle-même. Déférence subjuguée en même temps que, à dire vrai, ambition débordante. Car, comment ne pas y discerner aussi l'arme fantastique taillée par le droit pour offrir à chacun sa victoire, et l'apaisement, face à sa propre fin ? Disposons de notre vivant et, en cela au moins, nous survivrons⁽⁴¹⁹⁾.

Post mortem, la volonté se confine cependant à son objet ; on ne saurait notamment concevoir de former un contrat avec une personne disparue, ni avec son corps, ni avec sa volonté antérieurement exprimée : seuls ses successeurs pourront y être parties⁽⁴²⁰⁾. Il en va à cet égard pour la personne physique décédée comme, en principe au moins, pour la personne morale dissoute.

2. La personne morale dissoute

71. Les causes de dissolution – Comme toujours, le droit s'est développé là où il était appelé : ce sont les sociétés qui ont requis les premières de connaître les causes par lesquelles on les anéantirait. Mais l'espèce de la société doit, en raison, se subsumer sous le genre du groupement personnalisé : ces causes s'appliqueront autant que possible à toute autre personne morale⁽⁴²¹⁾.

(418) M. GRIMALDI, « Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités », *D.* 2006, pp. 2551-2555, n° 9, p. 2555.

(419) L'observation est classique. Pour le droit, v. not. P. ESMEIN, « Le culte des morts », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Sirey, 1963, t. II, pp. 541-549 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, *Les personnes*, préc. (*supra*, note 23), n° 14, p. 36 ; M. GRIMALDI, « Les dernières volontés », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique – Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, pp. 177-191, spéc. n° 3, pp. 178-179 ; J.-L. MOURALIS, « L'empreinte juridique du défunt », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle – Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, pp. 289-304.

Notons ici que, au contraire de l'apparition et de l'extinction de la vie (v. *supra*, nos 22 et 69), les confins de la personnalité s'étendent le plus souvent au-delà de l'instant (v. égal., pour son attribution, *supra*, n° 39 et s.).

(420) Si les héritiers sont tenus de l'engagement de l'auteur c'est précisément parce que cet engagement, et spécialement l'acte juridique, s'est formé *ante mortem*, même unilatéralement. Et s'ils devaient être tenus en vertu d'une offre stipulée transmissible, le contrat ultérieurement conclu serait le leur et non plus celui de la personne disparue (sur cette hypothèse, v. *infra*, n° 77). Comp. lorsque la volonté s'est abstraite du défunt pour accéder à son autonomie (figure de la fondation par legs, *supra*, n° 26).

(421) En ce sens, v. par ex. G. WICKER, art. préc. (*supra*, note 100), n° 5, p. 3, et n° 58, p. 13. Rapp. D. RANDOUX, « Vers un droit commun des groupements », *JCP* 1996, I, 3982. Il est aujourd'hui acquis « *qu'en effet les dispositions du Code civil, et à défaut du Code de commerce, régissant les sociétés présentent une vocation subsidiaire d'application* » aux autres personnes morales : 1^{re} civ., 3 mai 2006, *Bull.*, I, n° 206 ; *D.* 2006, AJ, p. 1456, obs. A. Lienhard, et jur., p. 2037, note K. Rodriguez ; *RTD civ.* 2007, p. 347, obs. J. Mestre et B. Fages. Pour l'application des causes de dissolution des sociétés à une association, v. par ex. 1^{re} civ., 13 mars 2007, pourvoi n° 05-21658 ; *JCP* 2007, II, 10105, note F. Deboissy et G. Wicker, qui prononce la dissolution d'une association pour disparition de son objet, accueillant ainsi le moyen qui se fondait sans détour sur l'article 1844-7 du Code civil.

Si la personne morale détient ce privilège d'être naturellement inaltérable, elle pourra parfois connaître néanmoins son terme dans la loi⁽⁴²²⁾ sinon dans la volonté de ses fondateurs ou de leurs successeurs⁽⁴²³⁾. Ordinairement cependant, sa fin tiendra dans « la réalisation ou l'extinction de son objet »⁽⁴²⁴⁾. Accidentellement enfin, et judiciairement alors, la dissolution pourra être prononcée au cas de réunion de toutes les parts en une seule main⁽⁴²⁵⁾, pour « justes motifs »⁽⁴²⁶⁾, ou encore comme sanction de la nullité du contrat constitutif⁽⁴²⁷⁾. Lorsque ces causes opèrent de plein droit, la personne morale est instantanément dissoute ; lorsqu'elles opèrent judiciairement, elle ne sera dissoute, sans rétroactivité, que du jour où le jugement constitutif de droit sera passé en force de chose jugée⁽⁴²⁸⁾.

72. Dissolution de la personne morale et disparition de la personnalité juridique – En logique, la personnalité juridique disparaîtra à l'instant de la dissolution de la personne morale, de la même façon que la qualité de sujet de droit lui était attribuée

(422) C. civ., art. 1838 : « La durée de la société ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans. », sauf prorogation conventionnelle (art. 1844-6) ; et art. 1844-7 : « La société prend fin : – 1° Par l'expiration du temps pour lequel elle a été constituée ». C. com., art. L. 251-1, al. 1^{er} : « Deux ou plusieurs personnes physiques ou morales peuvent constituer entre elles un groupement d'intérêt économique pour une durée déterminée. » Il en va de même pour les fondations d'entreprise, qui ne pourront être constituées elles aussi que pour une durée déterminée, supérieure à cinq ans (L. 87-571 du 23 juill. 1987, art. 19-2, rédact. L. 90-559 du 4 juill. 1990).

(423) Qu'ils décident d'un terme à venir (C. civ., art. 1844-7, 1° et 8°, pour la société ; C. com., art. L. 251-19, 1°, pour le GIE) ou de la dissolution immédiate (art. 1844-7, 4°, pour la société ; C. com., art. L. 251-19, 3°, pour le GIE). Rapp. L. 1^{er} juill. 1901, art. 9, *in limine*, pour les associations, ou C. trav., art. L. 411-9, pour les syndicats professionnels ; L. 87-571 du 23 juill. 1987, art. 19-11 (rédact. L. 90-559 du 4 juill. 1990), pour les fondations d'entreprise.

(424) C. civ., art. 1844-7, 2, pour la société ; C. com., art. L. 251-19, 2°, pour le GIE. Il s'y ajoute que la réalisation de l'objet social pourrait devenir matériellement impossible au cas de liquidation de son actif (art. 1844-7, 7°). On comprend mal dès lors que la Cour de cassation ait cru devoir juger que cette dernière cause de dissolution ne s'appliquait pas aux associations (Com., 8 juill. 2003, *Bull.*, IV, n° 126 ; *JCP E* 2004, p. 151, n° 7, obs. M. Cabrillac ; *RDC* 2004, p. 399, obs. F.-X. Lucas), sinon à fin de ne pas contrarier une jurisprudence aussi critiquable que divergente, consistant, contre la lettre de l'article 121 du Code de procédure civile, à interdire toute régularisation de l'appel au cours du délai de recours. Si l'association peut survivre à sa liquidation, ce ne devrait être que dans la mesure où elle demeure *in bonis* à la clôture de la procédure : dès lors que cet actif résiduel suffit à poursuivre son objet, et qu'il ne peut en droit être distribué aux sociétaires, il n'appartiendra qu'à eux seuls de décider si l'association doit être maintenue ou dissoute, et de désigner en ce dernier cas les associations dévolutaires de ses biens. En ce sens, v. Com., 19 oct. 2010, pourvoi n° 09-14971 ; *D.* 2010, act., p. 2574, obs. A. Lienhard.

(425) C. civ., art. 1844-5 et art. 1844-7, 6° ; sauf SARL (C. com., art. L. 223-4), EARL (C. rur., art. L. 324-1, al. 1^{er}), SAS (C. com., art. L. 227-4) et, peut-on penser, SE (*vacuum legis*).

(426) Ceci « notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé, ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société » (art. 1844-7, 5°). V. égal. C. com., art. L. 251-19, 4°, pour le GIE. Pour l'application de cette cause de dissolution à une association, v. 1^{re} civ., 17 oct. 1973, *Bull.*, I, n° 274. Pour son extension à toute personne morale, v. par ex. Ph. MALAURIE, *Les personnes*, 4^e éd., Defrénois, 2009, n° 448, pp. 216-217.

(427) C. civ., art. 1844-7, 3°, pour les sociétés ; L. 1^{er} juill. 1901, art. 7, pour les associations.

(428) Pour les personnes morales soumises à autorisation, la dissolution sera retardée à une décision administrative ou réglementaire. V. ainsi L. 1^{er} juill. 1901, art. 13, al. 3 (rédact. L. 8 avril. 1942), pour les congrégations religieuses. De même, parallélisme des formes encore, l'association engendrée par le législateur ne pourra être dissoute que par promulgation d'une nouvelle loi (Com., 12 juill. 2004, trois arrêts, pourvois n°s 03-12672, 03-12673 et 03-12683 ; premier arrêt : *Bull.*, IV, n° 161 ; *D.* 2004, AJ, p. 2160, et *D.* 2005, pan., p. 2959, obs. J.-C. Hallouin et E. Lamazerolles ; *Bull. Joly* 2004, p. 1554, note C.-M. Bénard ; *JCP* 2005, I, 131, n° 8, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; et *Dr. sociétés* 2004, n° 205, note F. G. Trébulle).

ipso jure au jour de sa constitution⁽⁴²⁹⁾. Par tempérament, il est admis de longue date que la personnalité juridique de la personne morale dissoute survit néanmoins pour les besoins de sa liquidation⁽⁴³⁰⁾. La règle, à défaut d'être nécessaire, est en effet utile : elle permet aux tiers créanciers de conserver un débiteur unique plutôt qu'une multitude qui diviserait d'autant leurs recours, et aux tiers débiteurs de faire face à un seul créancier plutôt que d'essayer une pluralité d'actions⁽⁴³¹⁾. On justifie donc comme une mesure de simplification des opérations de règlement de comptes cette nouvelle atteinte au principe d'unicité des personnes morale et juridique⁽⁴³²⁾. Limitée à ce seul objet, la capacité de ce sujet de droit moribond n'est plus alors que résiduelle⁽⁴³³⁾.

(429) Lorsque du moins la personnalisation juridique de la personne morale n'est soumise à aucune formalité. Pour des exemples, v. *supra*, n° 27, note 123.

(430) C'est au sujet des sociétés que la jurisprudence s'est ici encore élaborée : Civ., 12 févr. 1890, *DP* 1890, I, p. 204 ; *S.* 1891, I, p. 231 : « *Attendu que si, par une fiction nécessaire, une société dissoute est réputée existante jusqu'à son entière liquidation, cette règle ne s'applique que dans la mesure où elle est exigée pour conserver les droits des tiers et faciliter les opérations de la liquidation ; Que les associés n'en sont pas moins, dans leur rapport entre eux, copropriétaires des biens appartenant à la société dissoute, quoique non encore liquidée* » ; Civ., 21 juill. 1920, *D.* 1921, I, p. 137 ; *S.* 1921, I, p. 316 ; Com., 7 août 1951, *Bull.*, III, n° 280 ; Com., 18 oct. 1954, *D.* 1955, p. 697, note J. Copper Royer ; Com., 22 juin 1955, *D.* 1957, p. 70, note J. Copper Royer. On a ainsi pu reconnaître à cette règle une valeur coutumière : D. BASTIAN, « La survie de la personnalité morale des sociétés pour les besoins de leur liquidation », *Journ. sociétés* 1937, art. 4383 et 4387, pp. 1-39 et 65-89, spéc. n° 2, p. 3.

Pour une application du principe de survie aux associations, v. 1^{re} civ., 11 déc. 1973, *Bull.*, I, n° 344 ; 2^e civ., 3 janv. 1985, *Bull.*, II, n° 2, au cas de dissolution par décret pris au fondement de la loi du 10 janv. 1936 ; 3^e civ., 4 oct. 1995, *Bull.*, III, n° 214 ; *Rev. sociétés* 1996, p. 102, note Y. Guyon ; 1^{re} civ., 13 mars 2007, préc. (*supra*, note 421) : « *une association dissoute conserve la personnalité morale et le droit d'ester en justice pour les besoins de sa liquidation* ». *Adde* : C. mon. et fin., art. L. 213-18, pour les associations émettant des obligations. V. égal., en droit allemand, *BGB*, § 49 (2). Et à l'égard des syndicats de copropriétaires des immeubles bâtis : 3^e civ., 4 juill. 2007, *Bull.*, III, n° 121. Pour sa généralisation à toute personne morale : J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, *Les personnes*, préc. (*supra*, note 23), n° 198, p. 409 ; G. WICKER, art. préc. (*supra*, note 421), n° 59, pp. 13-14.

(431) Les autres raisons encore données de ce maintien en droit des sociétés paraissent devoir souffrir quant à elles quelques corrections : sans cette survie de la personnalité juridique, les droits des tiers sur le patrimoine social ne subiraient, au moins jusqu'au partage, aucun concours des créanciers personnels des associés, puisque, la société dissoute, leurs droits auraient encore pour gage exclusif le patrimoine indivis du groupement (C. civ., art. 815-17) ; et le frein posé par la règle de la majorité qualifiée ou de l'unanimité appliquée aux décisions prises pour le compte de l'indivision serait par hypothèse levé du fait de la nomination d'un mandataire liquidateur (art. 815-3). Sur le régime applicable aux contrats conclus avec une personne morale en liquidation, v. not. *infra*, nos 78 et 81.

(432) Sur ce principe, et ses exceptions, v. *supra*, nos 27 et 66.

(433) Si l'on ne voit dans cette survie que celle d'une personnalité juridique purement factice, ne reposant plus sur l'existence d'aucune personne véritable, puisque dissoute, rien n'interdit, artifice pour artifice, d'en faire une personnalité juridique partielle (comp. lorsque la personnalité juridique se fixe sur une personne morale existant en fait, *supra*, n° 65). Mais on doit tout de même observer que la dissolution ne mettra pas fin à toute possibilité d'expression collective du groupement (v. ainsi C. com., art. L. 237-17 à L. 237-27), et que l'on devrait dès lors pouvoir reconnaître par là la persistance d'une véritable personne morale, même consignée à la réalisation d'un objet à présent restreint à sa liquidation. En ce sens, v. ainsi J. COPPER-ROYER, note sous Com., 16 juin 1952, *D.* 1953, p. 509 ; Ch. GAVALDA, « La personnalité morale des sociétés en voie de liquidation », in *Dix ans de conférence d'agrégation – Études de droit commercial offertes à Joseph HAMEL*, Dalloz, 1961, pp. 253-267, spéc. n° 8, p. 257. On peut même se demander si la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 n'a pas fini par renverser purement et simplement la solution en disposant à l'article L. 641-9, I, alinéa 3, du Code de commerce que le débiteur mis en liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif conserve une capacité de principe pour tout ce qui échappe à la mission du liquidateur, l'action pénale visée à l'alinéa précédent n'en constituant plus désormais qu'une illustration. Des travaux parlementaires, il s'évince en effet que la règle nouvelle a vocation à s'appliquer aussi bien aux personnes morales que physiques... et qu'elle n'a souffert aucune discussion.

En même temps qu'elle consacrait cette survie traditionnelle de la personnalité juridique de la personne morale, paraissant inviter, en première lecture, à fixer désormais son terme au vote ou au jugement de clôture de la liquidation⁽⁴³⁴⁾, la loi du 24 juillet 1966 conférait aussi une valeur constitutive nouvelle à l'immatriculation des sociétés. Œuvrant à fin de dégager l'esprit de la lettre de la loi, on s'est alors demandé un instant s'il fallait admettre, par parallélisme des formes, que la personne sociale disparaisse comme elle naissait, par inscription. La conférence des dispositions législatives⁽⁴³⁵⁾, réglementaires⁽⁴³⁶⁾ et coutumière⁽⁴³⁷⁾ eût en effet permis de retenir le jour de la radiation sur le registre du commerce et des sociétés comme ultime échéance de la procédure nouvelle de liquidation : suivant de peu la publication du vote ou du jugement de clôture, et premier instrument d'information des tiers, on eût ainsi concilié, en retenant cette date, la rigueur apparente de la règle nouvelle à la prudence des principes anciens⁽⁴³⁸⁾.

À cette question, la loi du 4 janvier 1978 est toutefois venue apporter une réponse qui, sous couvert de réitération, inclinait en réalité, par sa précision, à rejeter la date de la radiation au profit de celle de la publication antécédente de la clôture⁽⁴³⁹⁾. C'est au lendemain de cette intervention, mais à rebours, que la Cour de cassation fixa finalement sa jurisprudence⁽⁴⁴⁰⁾ : la personnalité juridique d'une personne morale dissoute demeurera, circonscrite à ce seul objet, aussi longtemps que subsistera un droit ayant échappé à la

Au-delà de la clôture de la liquidation en revanche, toute vie collective, même résiduelle, aura définitivement disparu, et la « survie » de la personne morale tiendra dès lors plus franchement du miracle – juridique – de la résurrection (sur cette réapparition posthume, v. *infra*, eod. num.).

(434) L. 66-567 du 24 juill. 1966, art. 391, al. 2 (C. com., art. L. 237-2, al. 2) : « *La personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation, jusqu'à la clôture de celle-ci.* » (on a déjà noté que le législateur, parlant de *personnalité morale*, vise en réalité la seule personnalité juridique, v. *supra*, n° 25, note 94). Comp. ord. 67-821 du 23 sept. 1967, art. 15, *in fine* (C. com., art. L. 251-21, *in fine*), pour les GIE : « *La personnalité du groupement subsiste pour les besoins de la liquidation.* » V. encore C. civ. Québec, art. 357 : « *La personnalité juridique de la personne morale subsiste aux fins de la liquidation.* »

(435) V. *supra*, note préc.

(436) Avant l'abrogation opérée par le décret n° 2007-431 du 25 mars 2007, v. ainsi décr. 67-236 du 23 mars 1967, art. 271 (rédict. décr. 68-25 du 2 janv. 1968), et décr. 84-406 du 30 mai 1984, art. 24.

(437) V. *supra*, eod. num., spéc. note 430.

(438) Adoptant cette conclusion, v. M. DE JUGLART et B. IPPOLITO, *Cours de droit commercial*, 2^e éd., Montchrestien, t. II, *Les sociétés commerciales*, 1976, n° 512, p. 223. La solution aurait pu s'imposer de la même façon pour les sociétés civiles après la loi du 4 janv. 1978. En ce sens, v. J. HONORAT, « L'art. 1844-8 du Code civil et la fin de la personnalité morale des sociétés », *Deffrénois* 1981, art. 32754, pp. 1345-1369, spéc. n° 12, pp. 1353-1354.

(439) C. civ., art. 1844-8, al. 3 : « *La personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci.* » On déduit de la nuance observée avec la rédaction antérieure (v. *supra*, eod. num., note 434) que, tout en comprenant l'intérêt de retarder au possible la disparition de la personnalité juridique de la société, le législateur n'a pas vu à quelle autre date plus tardive que la publication de la clôture il aurait pu subordonner une disparition associée au terme de la liquidation. Car la radiation, il est vrai, peut quant à elle intervenir sans liquidation préalable (v. *infra*, eod. num., note 444).

(440) Retardant ainsi la disparition de la personnalité juridique au-delà de la publication de la clôture de la liquidation et de la radiation consécutive au registre du commerce et des sociétés : Com., 30 mai 1978, *Bull.*, IV, n° 156 ; JCP 1979, II, 19087, note Y. Guyon ; *Rev. sociétés* 1979, p. 361, note J.-C. Bousquet ; 2 mai 1985, *Bull.*, IV, n° 139 ; 11 juin 1985, *Bull.*, IV, n° 189 ; *Bull. Joly* 1985, § 299, p. 875 ; *Les grandes décisions de la jurisprudence – Les sociétés*, par Y. Chartier et J. Mestre, PUF, 1988, n° 6 ; 11 juill. 1988, *Bull.*, IV, n° 248 ; 18 janv. 2000 et 1^{er} févr. 2000, *Deffrénois* 2000, p. 504, obs. H. Hovasse.

procédure de liquidation, passé donc même toute publication ou radiation⁽⁴⁴¹⁾. Ainsi jugé pour les sociétés commerciales, on admet en raison que la solution vaut aussi bien pour les sociétés civiles et, *mutatis mutandis*, pour toute personne morale juridiquement reconnue⁽⁴⁴²⁾. Car on peut parfaitement, et doublement, concevoir une telle interprétation de la loi, sous ses différentes rédactions. Il est d'abord permis en effet de faire de l'exhaustivité de la liquidation une condition de validité de sa clôture (C. com., art. L. 237-2, al. 2) et, par conséquent, de sa publication (C. civ., art. 1844-8, al. 3), de sorte qu'aucune de ces deux dates ne marquerait la disparition juridique d'une personne morale dont le patrimoine n'aurait pas été, en fait, pleinement liquidé. Et l'on peut encore préférer considérer, à la lumière de la solution traditionnelle, que le sens des textes législatifs n'a jamais été que de retarder la disparition de la personnalité juridique du groupement à l'une de ces deux échéances au moins, sans interdire de la reporter encore au-delà⁽⁴⁴³⁾. En toute occurrence, on doit renoncer à faire de la radiation l'événement marquant, selon, le terme de l'existence de la société ou la condition de sa disparition⁽⁴⁴⁴⁾.

À défaut de liquidation, la personnalité juridique de la personne morale disparaîtrait donc à l'instant de sa dissolution, sans autre condition⁽⁴⁴⁵⁾. Mais l'hypothèse fait en réalité figure d'exception : pour qu'il n'y ait pas liquidation, le patrimoine de la personne morale doit en effet être universellement transmis, à un ou plusieurs successeurs. Or, ni les membres du groupement, ni les fondateurs, administrateurs ou bénéficiaires de la fondation, ne succèdent à titre universel à la personne morale : ils ne seront jamais, s'ils

(441) Seule par conséquent la prescription de l'action limitera pratiquement cette survie. Et l'action intentée contre la société demeure soumise au délai de droit commun, à la différence de celle exercée contre les associés, qui se prescrit à l'échéance du délai quinquennal des articles 1859 du Code civil et L. 237-13 du Code de commerce. Peu importe à cet égard que le créancier doive au surplus attirer à l'instance les associés allotis en qualités de tiers détenteurs : *ratione legis*, le délai de prescription abrégé ne concerne que l'action intentée au principal contre les seuls associés, dans l'hypothèse où ceux-ci seraient tenus au-delà de leurs apports, ou auraient reçu plus que leur dû, et où l'actif réalisé n'eût pas suffi à combler le passif social.

(442) V. *supra*, eod. num., note 430.

La chose est du reste consacrée pour « toute personne morale de droit privé » (C. com., art. L. 640-2, al. 1^{er}) en matière de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif. V. ainsi C. com., art. L. 643-13, al. 1^{er}, rédact. L. 2005-845 du 26 juill. 2005 (et déjà art. L. 622-34 anc., rédact. L. 94-475 du 10 juin 1994) : « Si la clôture de la liquidation judiciaire est prononcée pour insuffisance d'actif et qu'il apparaît que des actifs n'ont pas été réalisés ou que des actions dans l'intérêt des créanciers n'ont pas été engagées pendant le cours de la procédure, celle-ci peut être reprise. »

Comp. lorsque, à l'inverse, la personne morale existe sans personnalité juridique (*supra*, n° 66) : en un tel cas, on dissoudra la personne morale sans lui retirer quelque personnalité juridique que ce soit, par hypothèse jamais accordée, et sans liquidation d'un patrimoine inexistant (e.g. C. civ., art. 1872-2, pour les sociétés en participation).

(443) V. ainsi Ch. HANNOUN et J.-M. VERDIER, *in Rép. sociétés*, Dalloz, v° Liquidation et partage, 1995, n° 226, p. 26.

(444) De sorte que la radiation d'office d'une personne morale non encore dissoute n'aura aucun effet substantiel : Com., 20 févr. 2001, *Bull.*, IV, n° 44 ; *Dr. sociétés* 2001, n° 93, note Th. Bonneau ; *RTD com.* 2001, p. 405, obs. J. Derruppé. Ce qui justifie d'autant qu'une société radiée d'office puisse elle-même agir à fin de voir rapporter sa radiation (décr. 84-406 du 30 mai 1984, art. 46, abrog. décr. 2007-431 du 25 mars 2007).

On peut donc, *a simili*, voir dans cette radiation l'acte de décès de la personne sociale (comp. l'absence de toute analogie entre l'immatriculation initiale de la personne morale et l'acte de naissance de la personne physique, *supra*, n° 44).

(445) V. *infra*, eod. num., note 459.

recueillent quelques uns de ses biens, que ses ayants cause à titre particulier⁽⁴⁴⁶⁾. Et c'est bien parce qu'une personne morale, par principe, ne laisse à sa dissolution aucune succession que son patrimoine doit être liquidé. Car la liquidation s'oppose à la succession : on liquide un patrimoine parce qu'on n'en transmet pas l'universalité ; au contraire, dès lors que l'on transmet ce patrimoine à titre universel, aucune liquidation n'est plus requise⁽⁴⁴⁷⁾. Celle-ci n'a donc rien à voir avec le nombre d'ayants cause : que la succession échoie à un seul ou à plusieurs héritiers, le principe de la transmission universelle exclura toujours celui de la liquidation⁽⁴⁴⁸⁾ ; de même, et à l'inverse, que le patrimoine d'une personne morale devra toujours être liquidé, faute de dévolution du passif successoral⁽⁴⁴⁹⁾, quel que soit le nombre de ses membres constitutifs⁽⁴⁵⁰⁾.

La fusion, l'absorption ou la scission du patrimoine d'une personne morale peuvent bien emporter transmission universelle à un ou plusieurs ayants cause ainsi institués, et exclure pour cette raison toute liquidation (C. civ., art. 1844-8, al. 1^{er} ; C. com., art. L. 236-3, I)⁽⁴⁵¹⁾, il s'en faut que la solution vaille encore pour la dissolution d'une société unipersonnelle : l'associé unique, pris en cette seule qualité, n'a aucune vocation à succéder *ut universi* à sa société. Quand bien même en ferait-on, par autorité de la loi, et en contradiction avec les principes précédemment établis, un successeur anomal, une telle dévolution méconnaîtrait encore la nature de la société dissoute : la dissolution d'une société à risque limité, puisque à ce type social se réduit couramment l'hypothèse, impose l'inventaire et la liquidation pour déterminer l'étendue des droits et obligations de l'associé unique. Le fondateur qui entend limiter son engagement à son apport opte dès l'origine pour le bénéfice d'inventaire⁽⁴⁵²⁾,

(446) Ils sont donc, en d'autres termes, successeurs aux biens de la personne morale dissoute, recueillant chacun leur part de l'actif net du patrimoine liquidé : v. F. WAREMBOURG-AUQUE, *La succession aux biens d'une personne morale de droit privé*, th. Lille, 1977. Succéderont à ces biens les membres du groupement qui reprendront leurs apports en nature, les associés qui se partageront en outre le boni de liquidation de la société ou, pour toute autre personne morale, les tiers attributaires de ce produit, et ceux qui auront acquis, en cours de liquidation, ces éléments de l'actif.

(447) L'objet de la liquidation est de régler le passif d'un patrimoine par la réalisation de son actif, de façon à déterminer l'étendue de l'actif net dévolu ou du passif résiduel éventuellement exigible. Si l'ayant cause recueille d'emblée le passif en même temps que l'actif, la liquidation perd son objet.

(448) Les héritiers peuvent parfaitement, sauf fraude, procéder au partage de l'indivision successorale sans en avoir réglé le passif, chaque copartageant y demeurant tenu à hauteur de sa quote-part. Et si l'on liquide, au contraire, la succession acceptée à concurrence de l'actif net, c'est que l'héritier bénéficiaire n'est déjà plus tout à fait, par son option, ayant cause à titre universel.

(449) Sur le caractère impératif de cette liquidation, v. ainsi Com., 24 oct. 1989, *Bull.*, IV, n° 259.

Si les associés d'une société à responsabilité illimitée sont tenus au passif, ce n'est pas parce qu'il leur est dévolu par succession, mais parce qu'ils en sont garants à titre personnel. Ils l'étaient d'ailleurs déjà avant la dissolution du groupement.

(450) Ce n'est donc pas parce qu'une indivision se formerait entre les membres d'un groupement dissous que l'on doit procéder à cette liquidation. Du reste, il n'y aura aucune indivision avant le terme de la liquidation.

(451) Et pour les associations : CJCE, 23 avril 1986, *D.* 1987, p. 77, note V. Constantinesco et D. Simon ; *Rev. sociétés* 1987, p. 283, note Y. Guyon ; *RTD com.* 1988, p. 253, obs. E. Alfandari et M. Jeantin ; Com., 12 juill. 2004, trois arrêts, préc. (*supra*, note 428).

(452) Comme l'héritier bénéficiaire, l'associé, même unique, est successeur aux biens de la personne disparue (v. *supra*, eod. num., note 446). À la différence de l'héritier cependant, l'associé ne succède pas à la personne de son auteur au-delà des biens recueillis : il n'aura donc aucun titre à exercer les droits extra-patrimoniaux de son auteur hors ceux attachés aux biens transmis (sur cette vocation, v. *infra*, n° 80, spéc. note 539).

et c'est aussi nier son choix que de lui imposer *in fine* de confondre son patrimoine à celui de sa société pour supporter personnellement et indéfiniment le poids de la dette sociale.

Il peut apparaître par conséquent bien malvenu d'affirmer que « *En cas de dissolution, celle-ci entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société à l'associé unique, sans qu'il y ait lieu à liquidation.* » (C. civ., art. 1844-5, al. 3, *in limine*, rédact. L. 88-15 du 5 janv. 1988)⁽⁴⁵³⁾. Du reste, remédiant au plus choquant, le législateur est revenu depuis, même tardivement, au principe de liquidation pour l'associé personne physique, afin de ne plus l'obliger indéfiniment au passif de sa société (art. 1844-5, al. 4, rédact. L. 2001-420 du 15 mai 2001). Il demeure donc aujourd'hui que l'on transmet encore d'office l'universalité du patrimoine de la société dissoute à la personne morale associée unique⁽⁴⁵⁴⁾, ce quelle que fût l'étendue de son obligation à la dette sociale. Ce faisant, on assimile purement et simplement à une fusion-absorption la dissolution d'une filiale détenue en totalité par une autre société⁽⁴⁵⁵⁾. Quoi qu'on en ait dit⁽⁴⁵⁶⁾, la solution ne s'imposait pourtant pas : il était

(453) La réforme eut, à l'époque déjà, pour unique objet de répondre au souci de simplifier les formalités imposées à l'associé unique. S'il est une constante dans l'entreprise de réformation juridique, c'est bien celle d'user de moyens disproportionnés au dessein poursuivi. Combien de fois ne prétexte-t-on pas ainsi d'intérêts purement fiscaux pour disloquer le droit positif, alors que le droit fiscal répond par nature pourtant à un principe de spécialité et, pourrait-on dire, de précarité, puisque d'annualité ? On ne laissera pas non plus de rappeler ce principe de saison, autant que de raison : « *Ce qui est simple n'est pas nécessairement juridique* » (attribuée à l'avocat général A. DESJARDINS par E. MARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Domat-Montchrestien, t. I, 1930, n° 82, p. 210, note 3), voire « *presque toujours faux* » (P. VALÉRY, cité par Y. Guyon, *op. cit.* (*supra*, note 253), av.-pr., p. VIII). Le Premier Consul avait lui-même remarqué que « *la trop grande simplicité dans la législation est l'ennemie de la propriété. On ne peut rendre les lois extrêmement simples sans couper le noeud au lieu de le délier, et sans livrer beaucoup de choses à l'incertitude de l'arbitraire.* » : discussion en Conseil d'État, séance du 12 pluv. an XII, in P. A. Fenet, *op. cit.* (*supra*, note 68), t. XV, pp. 302-303, et J.-G. Locré, *op. cit.* (*ibid.*), t. XVI, p. 192. Adde M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 1^{re} éd., Sirey, 1910, p. 60 : « *Le succès va aux idées simples et la simplicité est la grande tentation des théoriciens. Mais les choses sont complexes, et il n'y a de vérité qu'en respectant cette complexité.* » (adopté pour épigraphe par J. GHESTIN, *Les obligations – La formation du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 1993). Sur ce travers, v. not. J. MOREAU et F. TERRÉ, « La simplification du droit », in *Études offertes à Jacques Béguin – Droit et actualité*, Litec, 2005, pp. 533-544, spéc. pp. 536-539 ; A. MAUCOUR-ISABELLE, « La simplification du droit : des réformes sans définition matérielle », *AJDA*, 2005, p. 303 ; M. GAST-MEYER, « La simplification du droit », *RRJ*, 2005, p. 1183 ; N. MOLFESSIS, « Combattre l'insécurité juridique, ou la lutte du système juridique contre lui-même », in *Rapp. Conseil d'État, 2006, La sécurité juridique*, n° 13, p. 396, qui exhorte à cesser l'entreprise de simplification du droit telle qu'elle s'exprime aujourd'hui.

Sur cette réforme, v. not. M. GERMAIN, « Le droit commun des sociétés après la loi n° 88-15 du 5 janvier 1988 relative au développement et à la transmission des entreprises », *JCP* 1988, I, 3341, n°s 4 à 11. Critiquant la disposition, v. spéc. M. JEANTIN, « La transmission universelle du patrimoine d'une société », in *Les activités des biens de l'entreprise – Mélanges offerts à Jean Derrupé*, GLN Joly et Litec, 1991, pp. 287-299. Adde : M.-L. COQUELET, *La transmission universelle de patrimoine en droit des sociétés*, th. Paris X, 1994, not. n°s 143 et 144, p. 86 ; O. BARRET, « À propos de la « transmission universelle du patrimoine d'une société », in *Prospectives du droit économique – Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, pp. 109-116 ; P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 3^e éd., Montchrestien, 2009, n° 600, p. 397. Plus généralement, v. déjà D. BASTIAN, art. préc. (*supra*, note 430), n°s 7 à 14, pp. 11-24, qui distingue clairement la logique liquidative de la dévolution universelle.

(454) Sauf dissolution prononcée pour liquidation judiciaire (C. civ., art. 1844-7, 7°) ou, plus généralement, au cours d'une procédure collective engagée contre la société unipersonnelle : Com., 12 juill. 2005, deux arrêts, *Bull.*, IV, n°s 168 et 169 ; *Rapp.*, p. 304 ; D. 2005, AJ, p. 2002, obs. A. Lienhard, et pan., p. 2956, obs. J.-C. Hallouin et E. Lamazerolles ; *Rev. sociétés* 2005, p. 913, note J.-P. Sortais.

(455) V. en ce sens J.-J. DAIGRE, « La dissolution d'une filiale à 100 % est une fusion – À propos de l'article 1844-5, alinéa 3, du Code civil », *JCP E* 1992, I, 152, et *JCP G* 1993, I, 3638.

possible de permettre à la société-mère d'absorber sa filiale en application de l'article 1844-4, alinéa 1^{er}, du Code civil (et C. com., art. L. 236-1, al. 3), sans le lui imposer⁽⁴⁵⁷⁾. On se serait ainsi gardé d'ignorer qu'un associé, même unique et personne morale, n'a aucune vocation à succéder à sa société pour l'universalité de son patrimoine⁽⁴⁵⁸⁾.

En l'absence même de liquidation de la personne morale dissoute, la disparition de sa personnalité juridique et, avec elle, la transmission universelle de son patrimoine pourraient encore ne pas se réaliser dans l'instant. Ainsi le Code civil décide-t-il que la succession des sociétés qui seraient réduites à un associé unique sera retardée à l'épuisement du droit d'opposition ouvert aux créanciers (C. civ., art. 1844-5, al. 3)⁽⁴⁵⁹⁾. Par où l'on voit que, en survie partielle mais perpétuelle dans un cas et en sursis éventuel dans l'autre, la personne morale dissoute ne se laisse pas aisément réduire à son néant.

Reste toutefois que le contrat prétendument formé par une personne morale déjà dissoute demeurera inexistant à son endroit s'il n'a pas été passé pour les besoins de sa liquidation. Et en l'absence de toute procédure liquidative, seuls les ayants cause pourront encore être tenus d'un engagement pris pour le compte d'un contractant disparu.

B - LA DISPARITION DU CONTRACTANT

73. Une volition dévolue à la succession – Le contractant n'est ici, comme précédemment, que prospecté : strictement, la personne juridique éteinte ne sera jamais élue au titre de contractant, faute d'avoir assez vécu⁽⁴⁶⁰⁾. Parce qu'elle a néanmoins existé,

(456) V. ainsi CA Douai, 14 nov. 1996, *D.* 1997, p. 312, note F. Proal ; *JCP* 1997, II, 22785, note J.-J. Daigre ; *JCP E* 1997, I, 639, note A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Rev. proc. coll.* 1998, p. 399, note B. Soinne, jugeant que l'associé unique ne dispose pas de la faculté d'opter pour la liquidation.

(457) Ni la directive communautaire n° 78/855 du 9 octobre 1978 (chap. 4, art. 24 et s.) ni celle du 23 juillet 1990 (dir. 90/434, art. 2 a, *in fine*) ne font de la dissolution d'une société unipersonnelle un cas de fusion : elles imposent seulement aux États membres de permettre à l'associé unique d'opter pour l'absorption. Pour cette autre solution, v. ainsi B. ROLLAND, « Dissolution des sociétés unipersonnelles : une intervention législative opportune ? », *JCP E* 2001, p. 1761 ; F.-X. LUCAS, « La transmission universelle de patrimoine à l'occasion de la dissolution d'une société unipersonnelle après la loi NRE », *Actes pratiques* janv.-févr. 2002, p. 33.

(458) Plutôt que de confondre immédiatement les deux patrimoines, on ferait donc mieux, à défaut de toute décision d'absorption, de commencer par liquider celui de la personne morale dissoute afin d'en dégager l'actif net échu à l'associé ou le passif résiduel. La solution s'impose à l'évidence lorsque l'associé n'est normalement pas tenu, au-delà de ses apports, des dettes de la société dissoute. Mais elle s'impose même encore au cas contraire si l'on veut bien ne pas nier le caractère subsidiaire de son obligation personnelle : tant que l'actif à réaliser n'est pas épuisé, l'associé obligé à la dette devrait toujours pouvoir opposer le bénéfice de discussion aux créanciers de la personne morale.

(459) La transmission universelle et la disparition de la personnalité juridique liées à la fusion, l'absorption ou la scission de la personne morale opèrent quant à elles sans autre terme que la décision des parties ou, le cas échéant, l'immatriculation des dévolutaires ainsi constituées (C. com., art. L. 236-4), et ce en dépit même de l'opposition d'un créancier (art. L. 236-14, al. 4). Il faudrait, pour retarder au-delà cette transmission, que la dissolution de la personne morale fusionnée, absorbée ou scindée soit elle-même subordonnée à une condition supplémentaire, telle que l'édition d'un acte administratif, réglementaire ou législatif (v. ainsi Com., 12 juill. 2004, trois arrêts, préc. *supra*, note 428), s'agissant de l'absorption d'une association créée par la loi).

(460) Écartons d'emblée la figure anormale du mariage posthume (C. civ., art. 171) : celui-ci n'est pas conclu après le décès mais fictivement réputé formé à la veille de celui-ci (al. 2), même privé de ses principaux effets patrimoniaux (al. 3) et subordonné à une célébration ultérieure (al. 1^{er}).

le contrat pourra parfois échapper à l'inexistence : la succession aura désormais vocation à intervenir pour le compte de l'auteur (1) ou du destinataire disparu (2).

1. La disparition de l'auteur de l'offre

74. Une offre pour la succession du pollicitant – Succédant à la personne passée, ses ayants cause⁽⁴⁶¹⁾ se verront opposer l'offre qui aura été émise pour son compte par un représentant agissant en son nom propre ; au contraire, toute offre faite au nom d'un auteur disparu s'éteindra nécessairement avec lui. Cette distinction ordonnera les solutions, selon que la personne du pollicitant fut déjà disparue au jour de l'offre (a) ou qu'elle ne se serait éteinte que par la suite (b).

a. *Le pollicitant disparu au jour de l'offre*

75. L'offre émise pour une personne physique décédée – Une offre pourrait être émise pour le compte d'une personne décédée par un représentant agissant en son nom propre ou au nom du représenté. Il s'agira alors d'apprécier l'efficacité de la volition ainsi exprimée.

Dans le premier cas, la représentation sera imparfaite et l'offre exprimée après le décès du bénéficiaire vaudra pour le compte de ses ayants cause. À cet égard, le décès du mandant n'impose donc pas un terme naturel au contrat de mandat imparfait, la commission subsistant au bénéfice de la succession. Si l'on doit retenir, pour ce mandat, la solution contraire, posée à l'article 2003, *in fine*, du Code civil, ce ne sera qu'en vertu de la gratuité de principe conféré par le Code au contrat de mandat (art. 1986), de laquelle on déduira que la considération de la personne du mandant a dû déterminer l'engagement unilatéral du mandataire : la nature du contrat conclu *intuitu personae* est bien d'être intransmissible. Il n'est donc plus aucune raison de tirer du décès du commettant la caducité du mandat lorsque celui-ci a été passé à titre onéreux⁽⁴⁶²⁾.

Dans cette même hypothèse, la théorie de l'apparence permettra encore d'opposer à la succession le contrat formé par le commissionnaire bienfaisant mais ignorant le décès de son commettant (art. 2008), ou celui conclu avec un tiers qui aurait méconnu l'événement (art. 2009). La croyance légitime du tiers cocontractant privera de tout effet la volonté des successeurs de ne pas ratifier un contrat passé sans pouvoir pour leur compte⁽⁴⁶³⁾, tandis

(461) Sur la détermination de ces ayants cause, v. not. *infra*, nos 80 et 81.

(462) C. civ., art. 1122 : « On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention. » Certains auteurs ont ainsi pu contester le caractère général de la solution posée par l'article 2003, *in fine* : v. G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol*, t. III, LGDJ, 1958, n° 2166, p. 711, pour qui la caducité du mandat pour décès d'un de ses contractants « se justifie beaucoup moins pour le mandant, surtout quand il s'agit d'un mandat salarié ».

(463) De même que tout acceptant de bonne foi pourrait opposer la formation d'un contrat à un pollicitant apparent n'ayant en réalité rien voulu : v. *infra*, n° 173.

que l'apparence invoquée par le seul commissionnaire, propre à former le contrat sur sa tête, ne permettra cependant pas au tiers de mauvaise foi d'outrepasser l'absence de ratification des héritiers⁽⁴⁶⁴⁾.

Mais la solution portée sous ces dispositions ne vaut en raison que pour le mandat imparfait conclu à titre gratuit, et seul un pur anachronisme explique la formulation générale retenue par le Code civil à cet endroit. L'admission du jeu de l'apparence au cas de décès du mandant date en effet d'une époque où la représentation parfaite n'existait pas ou n'était au mieux qu'exceptionnelle⁽⁴⁶⁵⁾, et nul n'a songé à y renoncer lorsque le droit français inversa la présomption pour réputer désormais que le mandataire œuvrerait au nom et pour le compte de son mandant⁽⁴⁶⁶⁾. Or, le principe de la transparence juridique du mandataire

(464) Pour l'impossibilité faite au tiers de mauvaise foi de se prévaloir de la règle de l'article 2008 au détriment de la succession, v. R. DE QUENAUDON, *in J.-Cl. Civ.*, Art. 2003 à 2010, fasc. 60, « Fin du mandat », 2002, n° 103, p. 25. Et la ratification des héritiers devra être spéciale : elle ne se déduira pas de la simple acceptation générale de la succession, quand bien même auraient-ils connu ce jour l'existence de l'offre émise ou du contrat conclu pour leur compte. Même ainsi circonscrite, la disposition de l'article 2008 n'en devient pas pour autant inutile : à défaut de cette prévalence de l'apparence, serait nul le contrat conclu sur la tête d'un représentant sans pouvoir agissant dans cette ignorance pour le compte d'autrui (art. 1119), car il aurait fallu pour le valider que les parties eussent toutes deux agi en conscience de leur absence de pouvoir, érigeant ainsi la ratification du bénéficiaire en condition suspensive du droit constitué par leur stipulation (art. 1121).

La ratification est nécessaire du fait de la caducité *mortis causa* du contrat de commission conclu à titre gratuit, de la même façon que si les parties à une convention avaient, en connaissance de cause, stipulé sans pouvoir pour le compte du défunt, et donc de sa succession (C. civ., art. 1121). À l'inverse, si l'on admet la survie du pouvoir de représentation imparfaite convenue sans *intuitus personae*, la ratification ne sera pas plus offerte aux successeurs qu'elle ne l'était au commettant de son vivant : son consentement préalable avait suffi, sauf stipulation contraire, pour l'engager irrévocablement à assumer la charge des contrats qui devaient être ultérieurement conclus pour son compte. L'option des héritiers se réduira donc en ce dernier cas à la seule option successorale : accepter ou refuser la dévolution qui leur échoit.

(465) Tel était en effet l'état du droit romain. Sur ce point, v. not. P. F. GIRARD, *op. cit. (supra, note 321)*, pp. 707-720 ; A. E. GIFFARD, *op. cit. (supra, note 360)*, t. II, 3^e éd., 1951, n°s 299 à 304, pp. 197-202, spéc. n° 304, p. 202 ; R. MONIER, *op. cit. (supra, note 348)*, n°s 138 et 139, pp. 181-184, et n°s 187 à 189, pp. 257-261 ; P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du Droit privé*, t. I, *Les Obligations*, 2^e éd., PUF, 1969, n°s 120 et 121, pp. 144-146 ; J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *op. cit. (note 361)*, n°s 602 à 605, pp. 872-876.

(466) La représentation parfaite s'est imposée comme principe en droit canonique d'abord, au XIV^e siècle, puis en droit français deux siècles plus tard : v. A. ROUAST, *La représentation dans les actes juridiques*, Cours de droit civil approfondi, Les Cours de droit, Paris, 1947-1948, pp. 42-43 ; F. CAGNINACCI, *Le mandat dans la doctrine française de l'Ancien Régime (XIII^e - XVIII^e siècles)*, th. Nancy, 1959, pp. 320-339 ; P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *op. cit. (supra, note préc.)*, n° 122, pp. 146-147 ; J.-L. GAZZANIGA, « Mandat et représentation dans l'ancien droit », *Droits*, n° 6, *La représentation*, 1987, pp. 21-30, spéc. pp. 28-29 ; J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *op. cit. (supra, note 361)*, n° 606, pp. 876-877.

Poursuivant tardivement la solution du droit romain, v. ainsi J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Coignard, Paris, 1689-1697, nouv. éd., Le Clerc, Paris, 1777, 1^{re} part., liv. I, tit. XV, sect. IV, art. VII : « Si le procureur constitué, ou autre préposé, qui ignore la mort de celui qui l'avait chargé, ne laisse pas d'exécuter l'ordre, ce qu'il aura fait de bonne foi dans cette ignorance sera ratifié ; car sa bonne foi donne à ce qu'il a géré l'effet du pouvoir que le défunt lui avait donné. » ; R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, J. Debure, Paris, et V^{ve} Rouzeau-Montaut, Orléans, 1774, t. I, n° 81, *in Œuvres de Pothier*, par J. Bugnet, t. II, Cosse et Marchal, Paris, 1848, p. 44 : « Pareillement, quoique le mandat finisse par la mort de celui qui le donne, et qu'il paraisse répugner que je puisse être censé avoir contracté par le ministère de celui qui, depuis ma mort, a contracté en mon nom, néanmoins s'il a contracté en mon nom depuis ma mort, mais avant qu'elle pût être connue dans le lieu où le contrat s'est fait, ce contrat obligera ma succession, comme si j'avais effectivement contracté par le ministère de ce procureur. » ; et *Traité des contrats de bienfaisance*, J. Debure, Paris, et V^{ve} Rouzeau-Montaut, Orléans, 1775, t. II, *Traité du contrat de mandat*, n° 106, *in Œuvres de Pothier*, par J. Bugnet, t. V, Cosse et Marchal, Paris, 1846, p. 215 : « Quoique le mandat s'éteigne par la mort du mandant, néanmoins si le mandataire, ignorant la mort du mandant, avait de bonne foi fait l'affaire dont il avait été chargé, les héritiers ou autres successeurs universels du mandant seraient obligés de l'en indemniser, et de ratifier ce qu'il a fait. ».

civil à présent acquis, on peine à concevoir que la croyance, même légitime, de celui qui est censé n'exprimer que la volonté de son mandant puisse s'imposer à celle-ci : l'ignorance du représentant ne vaudra pour le représenté qu'autant que ce dernier l'eût également subie, ce qui est par hypothèse exclu s'agissant de son propre décès⁽⁴⁶⁷⁾. Fondamentalement, la mort éteint la volonté représentée et brise le lien de représentation parfaite à sa tête. Agissant au nom d'une personne défunte, le mandataire ne conduira en réalité à la formation d'aucun contrat, et sa croyance restera sur ce point absolument indifférente⁽⁴⁶⁸⁾. Quant à l'ignorance du tiers destinataire de l'offre, elle n'aurait pas plus d'effet constitutif : aucune acceptation ne pourrait être opposée à un pollicitant lui-même inexistant⁽⁴⁶⁹⁾.

Au cas de représentation parfaite donc, ce n'est pas seulement le contrat de mandat qui disparaîtra avec la mort du mandant, c'est toute possibilité de contracter en son nom⁽⁴⁷⁰⁾.

Il est particulièrement édifiant de constater à cet égard que l'on a continué jusqu'au XIX^e siècle à justifier la prorogation du mandat civil au cas de croyance légitime du mandataire par le souci d'éviter à ce dernier d'avoir à assumer seul la charge du contrat qu'il aura ainsi conclu (v. ainsi R.-Th. TROPLONG, *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, t. XVI, *Du Mandat*, Ch. Hingray, 1846, n° 724, pp. 666-667, et n° 811, pp. 720-722), alors qu'une telle obligation ne pesait déjà plus sur lui depuis longtemps, réputé agir désormais au nom de son mandant. Seul autre fondement classiquement trouvé à la survie du mandat, et souvent mal distingué du précédent : la nécessité de permettre au mandataire d'échapper à la responsabilité qui serait la sienne si le tiers de bonne foi devait souffrir quelque préjudice du fait de l'inexistence du contrat qu'il aura cru passer (R.-Th. TROPLONG, *op. cit.*, n° 710, pp. 656-657 ; D. et A. DALLOZ, *op. cit. (supra*, note 372), t. XXX, 1853, v° Mandat, n° 466, p. 758 : « On a considéré l'ignorance du mandataire comme laissant continuer un mandat qui, dans la rigueur absolue des principes, n'existe plus. Il eût été injuste, en effet, de rendre le mandataire responsable d'un fait qu'il a légitimement ignoré. » ; L. GUILLOUARD, *Traité des contrats aléatoires et du mandat*, 2^e éd., A. Durand et G. Pedone-Lauriel, 1894, n° 211, pp. 521-522), alors que, précisément, faute d'avoir pu connaître le décès, le mandataire ne saurait être tenu responsable, et que, en l'absence d'engagement contractuel pris envers le tiers cocontractant, il n'aurait pu s'obliger en quelque autre façon.

La solution ancienne n'a subsisté que pour le droit commercial, où le mandat est aujourd'hui encore présumé imparfait, autant qu'à titre onéreux (comp. ainsi la rédaction des articles 1984 du Code civil et L. 132-1, ou 94 ancien, du Code de commerce) ; à tel point que lorsque la loi dispose que le représentant agit au nom et pour le compte de son mandant (C. com., art. L. 134-1, al. 1^{er}, pour l'agent commercial) la jurisprudence en déduit que le mandat est de nature civile (Com., 29 oct. 1979, *Bull.*, IV, n° 266 ; et 24 oct. 1995, *Bull.*, IV, n° 248). Pour cette raison, la procuration commerciale n'est pas censée prendre fin par le décès du mandant (e.g. C. com., art. L. 511-13, al. 3).

(467) Rappr. l'indifférence de la croyance du représentant eu égard à un représenté parfaitement inexistant, *supra*, n° 30, spéc. note 146, ou simplement inachevé, *supra*, n° 47, spéc. note 241.

(468) Rappr. 1^{re} civ., 21 mai 1990, *Bull.*, I, n° 121 ; RTD civ. 1991, p. 776, obs. J. Mestre ; *Defrénois* 1991, p. 873, obs. G. Champenois : est atteinte d'une nullité absolue faute de consentement – c'est-à-dire aussi bien inexistant – la vente reçue au nom d'un vendeur décédé par un notaire abusé.

(469) Le destinataire pourrait en revanche avoir cru que le représentant émettait en son nom propre une offre à valoir pour le compte d'autrui, par hypothèse décédé : en ce cas, son acceptation formera sur la tête du représentant un contrat opposable à la succession du bénéficiaire. Sur le jeu de la théorie de l'apparence au bénéfice de l'acceptant, v. *infra*, n° 118, spéc. note 69.

(470) On comprend moins bien par contre que l'incapacité – d'exercice – du mandant dût emporter la même solution (C. civ., art. 2003, *in fine*). Si la représentation est parfaite, l'offre exprimée par le mandataire vaut comme si elle l'avait été du mandant juridiquement incapable ; or l'offre d'une personne soumise à un régime d'incapacité existe bien et n'est pas nulle en soi : son acceptation permettra de conclure une convention qui pourra, selon, être parfaitement valable ou susceptible de confirmation au cas de nullité relative. Si la représentation est imparfaite, la volition du représentant vaudra pour le compte du représenté juridiquement incapable, et la protection qui lui sera offerte devra logiquement être la même. Pour la critique du droit positif sur ce point, v. ainsi Ph. LE TOURNEAU, *in Rép. civ.*, Dalloz, v° Mandat, 2000, n° 431, p. 59. Le droit autrichien distingue parfaitement à cet égard entre le décès et l'incapacité du représenté : *ABGB*, § 1022, et *OGH*, 20 mai 1953, *SZ* 26/132. En réalité, si le mandat doit disparaître en cette hypothèse, ce ne sera que pour incompatibilité avec le régime impératif de protection du représenté, raison pour laquelle, selon la lettre même du Code, la caducité ne s'imposerait qu'au cas de tutelle, où le pouvoir de représentation du tuteur et

(suite p. suiv.)

Et lorsque l'on prétend opposer à cette règle certaines exceptions, c'est en réalité que, suivant la volonté du mandant défunt, la représentation n'est déjà plus parfaite ou que le mandataire agit à présent au nom des successeurs eux-mêmes. Ainsi se justifie que le mandat puisse survivre au décès du mandant lorsqu'il a été spécialement stipulé *post mortem*⁽⁴⁷¹⁾, lorsque l'urgence le commande⁽⁴⁷²⁾ ou qu'il s'agit d'achever une opération en cours de réalisation⁽⁴⁷³⁾, voire encore, enseigne-t-on, lorsque le mandat a été conclu dans l'intérêt commun du mandant et du mandataire ou d'un tiers⁽⁴⁷⁴⁾, déduisant alors de la considération de cet intérêt partagé, et comme tel subsistant, la volonté des parties de reporter le rapport contractuel sur le compte de la succession⁽⁴⁷⁵⁾. Fondées sur la volonté, même présumée, des parties, ces solutions ne varieront pas selon que le mandataire aura connu ou non le décès de son mandant. Et l'ignorance du tiers acceptant n'empêchera pas plus en ces cas la formation du contrat : croyant s'engager directement avec une personne

du conseil de famille ne souffre aucune concurrence. V. en ce sens A. ROUAST, *op. cit.* (*supra*, note 466), p. 208. Le curatelaire demeure pour sa part libre d'administrer seul son patrimoine, sous le régime de la rescision ou de la réduction pour lésion (C. civ., art. 465, al. 1^{er}, 2^o), et n'est jamais qu'assisté, comme le serait son mandataire, pour tous actes de disposition (art. 467 et 505) ; on ne voit donc rien dans ce régime qui puisse imposer la caducité du pouvoir qu'il aurait antérieurement conféré. Quant à la personne placée sous sauvegarde de justice, libre de s'engager en toute matière sous le même bénéfice de rescision ou de réduction (art. 435), le Code civil en déduit naturellement et expressément alors que le mandat ne disparaît pas du fait de ce placement (art. 436, al. 1^{er}).

(471) V. spéc. le *mandat à effet posthume* organisé par les articles 812 et suivants du Code civil (rédict. L. 2006-728 du 23 juin 2006). Et parce que ce mandataire agit en son propre nom, on exige de lui la capacité juridique (C. civ., art. 812, al. 3 ; rapp. art. 1025, al. 1^{er}, pour l'exécuteur testamentaire). Le mandat *post mortem* a aussi pu prendre son premier effet du vivant du mandant. Admettant ainsi la continuation posthume du mandat au fondement de la volonté des parties, v. par ex. Com., 28 avril 1952, *Bull.*, II, n° 169, *a contrario*, qui déduit cette volonté de l'association du mandat à un contrat synallagmatique dont il était condition de l'exécution ; Crim., 12 oct. 1995, *Bull.*, n° 304 ; *Dr. pén.* 1996, n° 23, note M. Véron.

(472) C. civ., art. 1991, al. 2 ; rapp. BGB, § 672 ; Principes Unidroit, art. 2.2.10 (2), et PDEC, art. 3:209 (3), qui visent plus largement « les actes nécessaires ». Il s'agit bien là de la continuation du contrat de mandat : le mandataire aura l'obligation d'agir en cas de *péril en la demeure*, là où le simple tiers gérant d'affaire n'aurait jamais disposé que d'une faculté ; et il aura droit à être intégralement indemnisé de ses frais et pertes, seraient-ils excessifs eu égard à l'avantage retiré par le mandant, sauf pour ce dernier – ou ses ayants cause – à prouver la faute du mandataire. Si l'acte n'était pas nécessaire, mais simplement utile, le mandat aura pris fin avec le décès du mandant, et le mandataire n'agirait plus au-delà qu'en qualité de tiers gérant l'affaire d'autrui.

(473) POTHIER, *Traité du contrat de mandat*, préc. (*supra*, note 466), n° 121, p. 220, distingue à cet égard, au cas d'extinction du mandat par révocation, là où l'article 1991, alinéa 2, du Code civil paraît cumuler cette circonstance à l'urgence pour l'admettre comme cause de prorogation. Retenant ce critère, v. par ex. C. civ. italien, art. 1728, al. 1^{er}.

(474) V. en ce sens, Req., 22 mai 1860, *DP* 1860, I, p. 448 ; *S.* 1860, I, 721 ; 22 janv. 1868, *DP* 1868, I, p. 168 ; 16 mai 1882, *S.* 1884, I, p. 154 ; Ch. AUBRY et Ch. RAU, *op. cit.* (*supra*, note 64), t. IV, § 416, p. 654 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil*, dir. G. Baudry-Lacantinerie, 3^e éd., L. Larose et L. Tenin, t. XXIV, *Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction*, 1907, n° 837, p. 446 ; J.-P. DOUCET, « Les effets de la mort sur le mandat », *Gaz. Pal.* 1963, II, doctr., p. 31, n° 24. *Contra* : Com., 20 avril 1967, *JCP* 1968, II, 15389, 1^{re} esp., note P. L. ; Ph. LE TOURNEAU, *loc. cit.* (*supra*, note 470), n° 419, p. 57 ; R. DE QUENAUDON, *op. cit.* (*supra*, note 464), n° 87, p. 22.

(475) On tire encore parfois de la stipulation d'irrévocabilité du mandat la volonté des parties de conférer une vocation posthume à la représentation. Au fond, la solution est aussi discutable que pour le mandat d'intérêt commun : si le mandat doit survivre en ces cas au décès du mandant ce sera bien plus sûrement parce qu'il se sera agi *ab origine* d'une représentation imparfaite et salariée (v. *supra*, *eod. num.*, spéc. note 462) ou que la volonté des parties pourra se déduire en réalité d'autres circonstances. Quant à l'hypothèse de la prétendue continuation qui devrait s'inférer du silence gardé par la succession aux actes passés par le mandataire au-delà du décès de son mandant, il ne s'agira jamais d'autre chose que d'une reconduction tacite du mandat éteint par caducité, c'est-à-dire d'un nouveau mandat.

en réalité décédée, il lui sera parfaitement indifférent, sauf *intuitus personae*, de se savoir lié à ceux qui auront hérité du patrimoine du pollicitant⁽⁴⁷⁶⁾ ; pensant contracter sur la tête du représentant pour le compte du défunt, il ne se sera pas même trompé⁽⁴⁷⁷⁾.

76. L'offre émise pour une personne morale dissoute – L'offre exprimée pour le compte d'une personne morale déjà disparue ne vaudra, comme pour toute personne, qu'autant qu'un ayant cause sera venu à sa succession. Or cette succession ne s'ouvrira pas aussi généralement ici qu'elle ne s'ouvrirait pour la personne physique.

Dissoute par fusion, absorption ou scission, la personne morale transmettra l'universalité de son patrimoine aux bénéficiaires⁽⁴⁷⁸⁾ et l'offre faite pour ce compte, par représentation imparfaite, leur sera opposable, comme elle aurait pu l'être aux successeurs d'une personne physique. Le tiers acceptant formera alors le contrat sur la tête du représentant pour le compte de la personne morale élue à la succession⁽⁴⁷⁹⁾, qui disposera ou non d'une faculté de ratification selon que le représentant avait agi sans ou avec pouvoir. Émise directement, par représentation parfaite, au nom de la personne morale disparue, l'offre sera au contraire nulle pour absence de pollicitant⁽⁴⁸⁰⁾, et l'acceptation renvoyée par le destinataire restera sans effet, quelles que furent les apparences⁽⁴⁸¹⁾.

Dissoute pour toute autre raison, la personne morale ne transmettra pas son patrimoine à titre universel : elle le liquidera afin d'en transmettre, à titre particulier, les biens qui en composeront l'actif net éventuel. Par principe donc, l'offre émise pour son compte sera toujours nulle, pour impossibilité matérielle ou juridique, selon qu'elle aura été exprimée par représentation parfaite ou imparfaite⁽⁴⁸²⁾. Par exception, elle vaudra néanmoins en deux hypothèses. Attachée d'abord à un bien particulier, l'offre faite *intuitu rei* par un représentant agissant en son propre nom⁽⁴⁸³⁾ vaudra pour le compte de celui qui recueillera le bien objet de la stipulation, puisqu'il y aura bien, en cette circonstance, un ayant cause, à

(476) Comp. pour le mandat de droit commun, *supra*, eod. num., spéc. note 469.

(477) Le compte se transmettant en totalité à la succession (v. *supra*, eod. num., in limine).

(478) Sur cette transmission patrimoniale, v. *supra*, n° 72.

(479) Ou de l'ensemble de ces successeurs. Peu importe, sauf *intuitus personae*, que l'acceptant ait ignoré la dissolution de la personne morale représentée, puisqu'il conservera son gage sur les ayants cause à titre universel.

(480) Et il ne saurait être question de réserver ici le cas de l'offre émise pour les besoins de la liquidation puisque, par hypothèse, il n'y a pas de liquidation, le patrimoine étant universellement transmis aux dévolutaires. Sur le rapport antinomique opposant liquidation et succession, v. *supra*, n° 72, spéc. note 447.

(481) Il importe dès lors peu que le tiers ait accepté alors que la société pollicitante n'était pas encore radiée du registre du commerce et des sociétés (rapp. C. com., art. L. 237-2, al. 3), du moment qu'elle était déjà dissoute.

(482) Même si le représentant agissait en son nom propre pour le compte de la personne morale dissoute, son offre, en effet, serait encore nulle pour impossibilité de son objet : celui de constituer un droit nouveau dans un patrimoine liquidé ou en liquidation. Mais il pourrait se trouver personnellement tenu par cette offre si une société en participation devait se glisser dans le suaire de la société disparue (C. civ., art. 1872-1). Ce n'est donc qu'en cette hypothèse qu'il importerait de savoir si le représentant a connu ou ignoré la dissolution du représenté. Comp. avec le contrat conclu pour le compte d'une société en formation, censé en toute hypothèse obliger le représentant dans l'attente de l'immatriculation, *supra*, n° 50.

(483) Agissant au nom de la personne morale dissoute, l'offre, même *intuitu rei*, restera invariablement nulle, faute de pollicitant. À moins pour le contrat proposé de répondre en outre aux besoins de la liquidation, v. *infra*, eod. num.

titre particulier⁽⁴⁸⁴⁾. Le contrat formé par l'acceptation du destinataire pourra dès lors être opposé à ce successeur au bien⁽⁴⁸⁵⁾, sous réserve de sa ratification éventuelle. Même étrangère, par ailleurs, aux biens de la personne morale dissoute, l'offre serait encore valable si elle proposait, pour le compte du représenté, de conclure un contrat nécessaire ou utile⁽⁴⁸⁶⁾ à la liquidation de son patrimoine : dans cette mesure, la personnalité juridique de la personne dissoute subsistera en effet⁽⁴⁸⁷⁾, et son représentant pourra agir au nom de celle-ci⁽⁴⁸⁸⁾. Dans cette dernière hypothèse, la validité de l'offre ne se limitera donc plus au seul cas de représentation imparfaite.

Susceptible de valoir ainsi lorsqu'elle aura été exprimée après la dissolution du représenté, l'offre résistera aussi bien si ce dernier ne devait avoir disparu qu'au jour de l'acceptation.

b. Le pollicitant disparu au jour de l'acceptation

77. L'acceptation retournée à une personne physique décédée – Que l'offre ait été émise par le pollicitant lui-même, par un mandataire ou qu'elle ne fût qu'apparente, le décès de son auteur entraînera sa caducité⁽⁴⁸⁹⁾ : de ce jour, et nonobstant toute ignorance

(484) Ce pourra bien sûr être l'ayant droit alloti du bien au terme de la liquidation, ou le tiers attributaire, mais ce pourrait être également celui qui l'aurait acquis, au cours de la liquidation, en réalisation de l'actif (v. *supra*, n° 72, note 446).

(485) C'est-à-dire aussi à l'indivision post-liquidative qui pourra se constituer, en attendant le partage, entre les membres du groupement dissous. Sur le régime du contrat ainsi formé, v. plus spéc. *infra*, n° 78.

(486) Il faut étendre le besoin à l'utilité : il n'est pas nécessaire de liquider tous les biens d'une société *in bonis*, mais cela peut être utile pour faciliter la distribution du produit de liquidation.

(487) Sur la survie de la personnalité juridique pour les besoins de la liquidation, v. *supra*, n° 72.

(488) C'est bien ainsi que le mandataire liquidateur réalisera l'actif à liquider : il émettra une offre de vente au nom de la personne morale dissoute. Et un nouveau mandataire, nommé *ad hoc*, pourrait agir ainsi à son tour au-delà même de la clôture de la liquidation ou de la radiation d'une société si l'on retrouvait tardivement un élément oublié de l'actif social (v. *supra*, *ibid.*).

(489) La solution est constante. V. ainsi R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, J. Debure, Paris, et V^{ve} Rouzeau-Montaut, Orléans, 1772, n° 32, t. I, pp. 29-31, in *Œuvres de Pothier*, par J. Bugnet, t. III, Paris, 1847, pp. 13-14 ; Ch. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 5e éd., J. Renouard et al., t. VI, 1830, n° 31, pp. 34-35 ; Ch. AUBRY et Ch. RAU, *op. cit.* (*supra*, note 64), t. IV, 1871, § 343, 2°, p. 292 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, 3e éd., A. Marescq aîné, 1878, t. XV, n° 478, p. 549 ; L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, 2e éd., G. Pedone-Lauriel, 1885, t. I, art. 1101, n° 20, p. 18 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, dir. G. Baudry-Lacantinerie, 3e éd., L. Larose et L. Tenin, t. XII, *Des obligations*, t. I, 1906, n° 31, p. 45 ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. II, A. Rousseau, 1923, n° 560, p. 190 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 3e éd., Sirey, t. II, 1939, n° 47, p. 31 ; Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, publ. R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, 2e éd., A. Rousseau, t. VIII, *Les contrats et les obligations*, collab. G. Lagarde, 1936, n° 73, p. 58 ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.* (*supra*, note 92), t. IV, 1957, n° 330, p. 133. Et en jurisprudence : Req., 21 avril 1891, *DP* 1892, I, p. 181 ; S. 1895, I, p. 398 ; Civ., 1^{er} mai 1894, *DP* 1895, I, p. 69 ; Soc., 14 avril 1961, *Bull.*, IV, n° 411 ; *JCP* 1961, II, 12260 ; *D.* 1961, p. 535 ; *RTD civ.* 1962, p. 349, obs. G. Cornu ; Com., 4 janv. 1971, *Bull.*, IV, n° 2 ; *Defrénois* 1972, art. 30216, n° 76, obs. J.-L. Aubert ; 3^e civ., 10 mai 1989, *Bull.*, III, n° 109 ; *D.* 1990, p. 365, note G. Virassamy, et SC, p. 37, obs. E.-N. Martine ; *D.* 1991, SC, p. 317, obs. J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1990, p. 69, obs. J. Mestre ; et encore 1^{re} civ., 25 juin 2014, *Bull.*, I, n° 217 ; *RDC* 2014, p. 601, obs. Y.-M. Laithier. V. du reste C. civ., art. 932, al. 2, *in limine*, qui n'envisage l'acceptation de la donation que « du vivant du donateur » ; ou encore art. 812-1-1, al. 4, pour le contrat de mandat à effet posthume, lequel « doit être accepté par le mandataire avant le décès du mandant. »

légitime de l'événement par le destinataire, aucune acceptation ne pourra plus être retournée, faute de cocontractant⁽⁴⁹⁰⁾. Tardivement accepté, le contrat proposé demeurera ainsi inexistant⁽⁴⁹¹⁾. La règle cependant ne vaudra qu'autant que l'offre aura été émise au nom et pour le compte du pollicitant.

Il se pourrait d'abord en effet que l'auteur offre de contracter non seulement en son nom mais aussi en celui de ses successeurs, pour le cas où, précisément, il viendrait à décéder avant l'acceptation et le terme du délai accordé pour ce faire. Si l'offre *post mortem*

Seuls les pays qui confèrent pratiquement à l'offre la valeur d'un engagement par volonté unilatérale opte logiquement pour la solution contraire : v. not. BGB, §§ 130 (2) et 153 ; NBW, art. 6.222. Sous cette influence, v. cep. Avant-projet de Code européen des contrats, Académie des privatistes européens, dir. G. Gandolfi, Pavie, 2001, art. 18.

Comp. pourtant la position adoptée par le Conseil d'État, qui a pu juger que le décès du pollicitant n'entraînait pas la disparition de son offre. Si un principe de spécialité pouvait encore justifier les décisions intéressant l'offre de concours (CE, 30 mai 1879, *Commune de Savigny-en-Revermont*, Rec., p. 4 ; DP 1889, III, p. 371 ; 15 janv. 1892, *Lavignolles*, Rec., p. 14 ; DP 1893, III, p. 51 ; 1^{er} juill. 1898, *Martin et al.*, Rec., p. 517 ; S. 1900, III, p. 87 ; puis 3 août 1900, *Commune de Villefranche-d'Albigeois*, Rec., p. 533 ; S. 1903, III, p. 13), que la doctrine analyse comme une forme de promesse unilatérale révocable (B. POUJADE, « L'offre de concours », RDP 1985, pp. 1625-1652, spéc. pp. 1636-1641 ; J.-B. AUBY et R. NOGUELLOU, in *J.-Cl. Adm.*, fasc. 684, « Offre de concours », 2005, n^{os} 52 à 63, pp. 8-9), c'est au contraire pour avoir voulu suivre une improbable jurisprudence de l'ordre judiciaire que le Conseil d'État a cru devoir réitérer en même temps qu'étendre sa solution (CE, 5 oct. 1988, *SA Isore*, n^o 65449, Rec., p. 326 ; JCP 1989, II, 21182, concl. R. Van Ruymbeke ; RTD civ. 1990, p. 70, obs. J. Mestre). Car jamais la Cour de cassation ne s'est pour sa part clairement prononcée en ce sens (v. ainsi, outre les arrêts précités, la lecture de ceux mentionnés *infra*, eod. num., note 492).

(490) Ici encore, il n'est aucune juste raison, malgré une opinion classiquement contraire, pour que la simple incapacité du pollicitant emporte la même sanction : la convention devrait pouvoir se former en application du régime de protection, comme à chaque fois qu'une personne juridiquement incapable est partie à un contrat. Pour la survie de l'offre en ce cas, v. ainsi G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de droit civil*, dir. G. Baudry-Lacantinerie, 3^e éd., L. Larose et L. Tenin, t. XIX, *De la vente et de l'échange*, 1908, n^o 29, pp. 19-20 : « Le décès de l'une des parties avant l'acceptation de l'offre met obstacle à l'existence du contrat, puisqu'il rend impossible le concours des deux volontés. Au contraire, l'incapacité de l'offrant n'excluant pas absolument ce concours, le contrat se formera, mais sera entaché de nullité, à raison de l'incapacité. Dans le premier cas, il n'y aura pas de contrat ; dans le second, il y aura un contrat annulable » ; J. GHESTIN, *Les obligations – La formation du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 1993, n^o 317, pp. 281-282. Le droit anglais est également en ce sens : v. G. TREITEL, *The Law of Contract*, 11^e éd., Sweet & Maxwell, London, 2003, p. 45. *Contra* pourtant, v. Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, art. 1105-3. Même la mise sous tutelle ne devrait pas entraîner ici la caducité de l'offre émise par représentation : l'article 2003, *in fine*, du Code civil ne produira à lui seul aucun effet rétroactif sur la pollicitation qui aurait déjà été adressée au tiers au jour de l'ouverture de la tutelle (comp. au cas où l'offre ne serait adressée qu'ultérieurement par le mandataire contractuel, *supra*, n^o 75, note 470). Seule une aliénation radicale de l'état mental du pollicitant pourrait rendre caduque l'offre antérieurement exprimée (v. *infra*, n^o 106).

Pour une autre hypothèse de caducité de l'offre, tenant cette fois en l'objet de la volonté du pollicitant, v. *infra*, n^o 244 et s. Sur la détermination de la date de l'acceptation, v. *infra*, n^o 236, *in fine*.

(491) V. par ex. C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, A. Rousseau, Paris, 1900, XLVII^e leçon, p. 647 : « Voyons, au moins à titre d'exemples, quels actes juridiques nous ferions rentrer dans ce groupe des actes inexistantes. Il n'y aura aucun doute à cet égard, pour ceux qui n'ont qu'une apparence de fait ; lorsqu'il y aura eu absence complète de consentement. Il peut arriver que le concours des volontés ne se soit pas produit ; par exemple, si l'acceptation n'est intervenue qu'après le décès de l'auteur de l'offre. » Pour l'application de cette sanction en jurisprudence, v. not. Com., 4 janv. 1971, préc. (*supra*, note 489), qui juge une donation proprement inexistante – et non pas seulement nulle, même de nullité absolue – pour ne pas avoir été acceptée avant le décès du donateur.

La ratification qui interviendrait en ce cas de la part des successeurs après la pseudo-acceptation retournée par le tiers ne constituerait en réalité que l'acceptation rétroactive d'une volition convertie en offre. Sur le mécanisme de cette conversion, v. *infra*, n^o 97, *in medio*, spéc. note 69. Et pour d'autres applications v. encore *infra*, n^o 228, *in fine*, spéc. note 825.

est admissible, elle ne saurait toutefois se présumer⁽⁴⁹²⁾ ; et l'on présumera moins encore que le pollicitant ait voulu son offre irrévocable : on peut parfaitement stipuler pour soi et sa succession sans vouloir renoncer à sa faculté de révocation⁽⁴⁹³⁾, de la même façon que l'on peut, à l'inverse, stipuler son offre irrévocable sans pour autant vouloir la rendre transmissible à ses héritiers⁽⁴⁹⁴⁾. L'offre stipulée transmissible résistera donc au décès du pollicitant⁽⁴⁹⁵⁾, et ouvrira aux ayants cause comme à l'auteur une faculté de révocation avant toute acceptation, sauf pour le défunt à avoir spécialement stipulé en outre l'irrévocabilité de sa proposition.

L'offre pourrait également être exprimée par un représentant, en son propre nom, pour le compte du représenté. Les successeurs recueillant le patrimoine de ce dernier, l'offre ainsi émise survivra normalement à son décès, à moins que le pouvoir n'ait été accepté par le commissionnaire en considération de la personne du commettant, ce que l'on présumera en cas de gratuité⁽⁴⁹⁶⁾. Même en ce cas, l'ignorance légitime du

(492) Comp. 3^e civ., 10 déc. 1997, *Bull.*, III, n° 223 (*Defrénois* 1998, art. 36753, n° 20, p. 336, obs. D. Mazeaud ; *PA* 23 nov. 1998, n° 140, p. 15, note Y. Dagonne-Labbé ; *D.* 1999, SC, p. 9, obs. Ph. Brun), qui, selon l'interprétation dominante, déduirait de la simple stipulation d'un délai de validité la transmissibilité de l'offre à la succession. À moins, comme on a pu l'évoquer, qu'il ne se fût simplement et plus logiquement agi que de subordonner la caducité de l'offre au décès des deux pollicitants : la motivation adoptée n'interdisait pas de le penser, d'autant que telle avait bien été déjà la solution précédemment admise par la même Chambre le 9 novembre 1983, *Bull.*, III, n° 222. Mais la solution a depuis été explicitement confirmée par 1^{re} civ., 25 juin 2014, préc. (*supra*, note 489). On reconnaît dans cette interprétation la thèse de J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 109, 1970, n° 261, pp. 234-235. C'est également la solution retenue par le droit transalpin : C. civ. italien, art. 1329. Sauf pour le pollicitant à avoir connu l'imminence de sa mort, on ne voit pourtant pas de rapport nécessaire entre la fixation d'un délai de validité déterminé et la volonté de transmettre l'offre à sa succession. Est-on bien sûr que l'éternel argument pris de la sécurité juridique commande cette solution ? En quoi l'attente du destinataire, qui sait la proposition qu'il a reçue soumise au risque de décès de son auteur, devrait-elle primer celle des héritiers qui en ignorent le plus souvent jusqu'à l'existence ? Et si le destinataire démontre qu'il a légitimement pu croire au caractère transmissible, voire irrévocable, de la pollicitation, alors le contrat se formera du seul jeu de l'apparence (v. *infra*, n° 246, spéc. note 989, et n° 247, spéc. note 1014), et non pas du fait d'une offre demeurant, au fond, intransmissible et révocable.

(493) Si on ne l'admet pas, il faut effectivement conclure, comme paraît le faire la Cour de cassation (*supra*, note préc.), que la pollicitation qui précise sa durée de validité devrait se voir reconnaître une irrévocabilité pourtant refusée à la promesse unilatérale elle-même : 3^e civ., 15 déc. 1993, *Cruz*, *Bull.*, III, n° 174 ; *D.* 1994, p. 507, note F. Bénac-Schmidt, et SC, p. 230, obs. O. Tournafond ; *D.* 1995, SC, p. 87, obs. L. Aynès ; *JCP* 1995, II, 22366, note D. Mazeaud ; *Defrénois* 1994, p. 795, obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 1994, p. 588, obs. J. Mestre, l'arrêt déclarant efficace la révocation opposée par le promettant ; et encore 11 mai 2011, pourvoi n° 10-12875 ; *D.* 2011, p. 1457, note D. Mazeaud, et p. 1460, note D. Mainguy. Sur la révocabilité de l'offre, v. *infra*, n° 247 ; puis Com., 13 sept. 2011, pourvoi n° 10-19526, *Bull. Contra cep.* : 3^e civ., 6 sept. 2011, pourvoi n° 10-20362.

(494) Comp. Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, art. 1105-4, qui efface toute nuance : « lorsque l'offre adressée à une personne déterminée comporte l'engagement de la maintenir pendant un délai précis, ni sa révocation prématurée ni l'incapacité de l'offrant ni son décès ne peut empêcher la formation du contrat. » Au moins le Code civil italien n'y voit-il qu'une présomption susceptible de céder devant les circonstances (art. 1329).

(495) Il pourrait suffire de cette stipulation pour conférer à l'offre une valeur patrimoniale, laquelle se transporterait donc sur la tête des successeurs à cette condition. L'offre adressée au défunt, au contraire, vaudra pour ses ayants cause en vertu d'une dévolution extra-patrimoniale, sans qu'il soit ainsi besoin de la stipuler transmissible (v. *infra*, n° 79, spéc. note 527).

(496) L'offre exprimée par le représentant en considération de la personne du représenté disparaîtra par caducité à la mort de ce dernier. Rapp. avec l'hypothèse où l'offre aurait été émise alors que le représenté fût déjà décédé, *supra*, n° 75, *in limine*.

commissionnaire ou du tiers acceptant permettrait encore d'opposer le contrat à la succession (C. civ., art. 2008 et 2009) ⁽⁴⁹⁷⁾.

Si le destinataire accepte l'offre du défunt, ainsi transmise, il formera le contrat sur la tête de l'héritier unique, ayant cause universel du pollicitant ou du représenté ⁽⁴⁹⁸⁾. Au cas de pluralité de successeurs, l'acceptation retournée avant liquidation de la succession devra l'être à l'ensemble des ayants cause ⁽⁴⁹⁹⁾ ou au gérant de l'indivision successorale : les droits et obligations du contrat ainsi formé s'inscriront au compte de celle-ci ⁽⁵⁰⁰⁾. Chaque héritier sera alors partie à la convention et disposera à ce titre de la faculté de recouvrer pour son propre compte, et à hauteur de sa vocation successorale, les créances nées du contrat ⁽⁵⁰¹⁾ ; il pourra également agir pour le compte de l'indivision, avec l'ensemble de ses coindivisaires ⁽⁵⁰²⁾ ou par représentation ⁽⁵⁰³⁾. En contrepartie, le tiers acceptant puisera son gage dans le patrimoine indivis (C. civ., art. 815-17, al. 1^{er}), mais pourra préférer, au cas d'obligation divisible, rechercher son paiement fractionné dans le patrimoine propre de

(497) La solution est ici conforme à celle qui prévalait lorsque le représenté disparaissait avant même que le représentant ne fasse connaître l'offre au destinataire (v. *supra*, *ibid.*). Il en résulte que les successeurs du représenté disposeront toujours de la faculté de ne pas ratifier l'offre acceptée par le destinataire en connaissance de sa caducité, au cas où l'ignorance du représentant devait autoriser la conclusion du contrat (v. *supra*, n° 75, note 464). Il en ira de même, plus largement, si les deux parties, intermédiaire pollicitant et tiers acceptant, avaient stipulé sans pouvoir et en connaissance de cause pour le compte du défunt et de sa succession : toute stipulation pour autrui ouvre une faculté de ratification au bénéficiaire ou à ses ayants cause (C. civ., art. 1121).

(498) Peu importera à cet égard que la succession ait été acceptée à concurrence de l'actif net : l'offre pourrait être incluse à l'inventaire de la succession (v. *supra*, *eod. num.*, note 495), le contrat ultérieurement conclu n'en resterait pas moins un acte propre au successeur.

(499) L'acceptation adressée au défunt vaudra comme telle. Il importe peu en effet, dans l'ignorance où était le tiers du décès du pollicitant, que son acceptation fût mal dirigée : seule compte à cet égard la réalité de sa volition, le contrat ne requérant pas pour se former que le pollicitant reçoive l'acceptation : v. *infra*, n° 185.

(500) Il faudrait, pour qu'il en aille autrement, que l'offre ait été préalablement révoquée pour le compte de l'indivision. La révocation opposée par chaque ayant cause pour son propre compte, quant à elle, n'empêchera pas le destinataire de former, en conscience, le contrat avec les successeurs restants. Mais l'ignorance qu'il aurait pu avoir du retrait opéré par certains successeurs, voire d'un seul d'entre eux, suffirait à exclure tout accord : cette défection aura diminué son gage, et l'on conviendra que cela ne lui fut pas indifférent. Le destinataire aurait de cette façon accepté une offre qui ne correspondait déjà plus à celle encore en vigueur (sur l'influence de la considération du patrimoine du cocontractant sur la formation du contrat, v. *infra*, n° 256). Il en ira ainsi, et à plus forte raison, s'il avait, en cette même circonstance, ignoré le décès lui-même. Seule la théorie de l'apparence pourra lui permettre d'opposer malgré tout le contrat à l'ensemble de la succession (sur le bénéfice de l'apparence accordé à l'acceptant, v. *infra*, n° 229 et s.).

(501) Tant du moins que cette créance peut être présumée divisible, ce qui concerne en premier lieu les créances de somme d'argent, mais pas exclusivement (arg. C. civ., art. 1221, *a contrario*).

(502) Ou au moins à la majorité des deux tiers des droits si l'on doit y voir un acte d'administration (C. civ., art. 815-3, « al. 2 » (al. 1^{er}, 1^o)), le contrat tenant lieu en ce cas de bien indivis.

(503) Son pouvoir sera acquis s'il agit au su de ses coindivisaires et sans opposition de leur part (C. civ., art. 815-3, dern. al.) ou si son action peut être considérée comme un acte de gestion utile (art. 815-4, al. 2), voire, à plus forte raison, comme un acte conservatoire (art. 815-2). C'est dire que tout indivisaire devrait être admis à agir seul en recouvrement d'une créance de l'indivision. La jurisprudence y reste cependant généralement hostile : v. ainsi 3^e civ., 30 juin 1999, *Bull.*, III, n° 157 ; *RD imm.* 1999, p. 619, obs. M. Bruschi ; *JCP* 2000, I, 211, n° 2, obs. H. Périnet-Marquet, décidant que l'action en paiement de loyers ne constitue pas un acte conservatoire. Il ne serait pourtant pas extravagant de reconnaître que, en l'absence de mandat tacite, et quand bien même la créance n'aurait pas été menacée par l'échéance de la prescription ou l'insolvabilité du débiteur, l'action en paiement, exercée par un indivisaire et ignorée des autres, constitue au moins un acte utile à l'indivision.

chaque indivisaire, concourant alors avec leurs créanciers personnels⁽⁵⁰⁴⁾. Il pourra même exceptionnellement agir pour le tout contre un seul de ses cocontractants si l'obligation est indivisible (art. 1222), sauf le recours contributoire de ce dernier contre ses coindivisaires. Au terme de l'indivision enfin, le contrat, au cas où ses effets persisteraient, pourra être attribué à un ou plusieurs copartageants, rétroactivement réputés avoir été seuls contractants en vertu de l'effet déclaratif du partage (art. 883), et substitués à ce titre aux droits et obligations des autres indivisaires. À défaut d'obtenir l'accord du tiers cocontractant, les copartageants ne pourront cependant lui opposer cette attribution en ce qu'elle vise son rapport actif : le tiers conservera le droit de poursuivre conjointement l'ensemble de ses cocontractants originaires⁽⁵⁰⁵⁾. Passivement en revanche, il devra, dans cette même hypothèse, payer l'attributaire pour la totalité de la dette. Si le contrat ne fait l'objet d'aucune attribution particulière, chaque copartageant y demeurera conjointement partie à la mesure de sa quote-part, et les droits et actions réciproques se diviseront en fonction⁽⁵⁰⁶⁾. L'indivision dissoute, le tiers créancier au contrat subira le concours des créanciers personnels de ses cocontractants⁽⁵⁰⁷⁾.

Retournée après le partage de la succession, et en connaissance de cause, l'acceptation vaudra encore pour chacun de ceux des copartageants qui n'auront pas personnellement et préalablement révoqué l'offre du défunt⁽⁵⁰⁸⁾. Elle ne concernerait toutefois que le seul

(504) Pour l'admission, traditionnelle, du droit du créancier de l'indivision sur le patrimoine propre de chaque indivisaire après que la loi n° 76-1286 du 31 déc. 1976 a étendu son gage au patrimoine indivis, v. not. P. CATALA, art. préc. (*supra*, note 229), *Defrénois* 1979, art. 32160, n° 48, p. 1609, et 1980, art. 32172, n° 82, p. 23. V. encore 1^{re} civ., 16 juill. 1992, *Bull.*, I, n° 236.

(505) S'il décide néanmoins, en connaissance de cause, de poursuivre l'attributaire au-delà de sa quote-part, il sera réputé avoir accepté cette substitution.

Il n'y a dans cette solution que l'application du principe selon lequel on n'oppose pas une substitution de débiteur au créancier. La condition d'opposition préalable imposée aux créanciers par l'article 882 du Code civil ne vise que le partage de l'actif, qui leur est normalement opposable et pour cette raison seul susceptible d'être réalisé en fraude à leur droit ; le partage du passif leur étant quant à lui inopposable par nature, aucune fraude à leur droit ne peut être envisagée et, partant, aucune condition d'opposition préalable ne doit leur être imposée.

Il faudrait que l'objet du contrat porte directement sur un bien compris dans le lot de l'attributaire pour qu'il en soit autrement : en ce cas en effet l'indivisaire alloti passera pour ayant cause à titre particulier de ses copartageants, et le contrat sera réputé avoir été aussi stipulé pour son compte (C. civ., art. 1122). Pour un exemple, v. C. assur., L. 121-10, qui assure la transmission du contrat d'assurance sur la tête de l'ayant cause – à titre universel ou particulier – de l'assuré (tout en ouvrant une faculté de résiliation). Au-delà, seule la loi pourrait imposer une substitution de contractant au survivant : v. ainsi l'organisation de la transmission du contrat de bail à ceux qui, conjoint, ascendants ou descendants du preneur, n'en sont pas nécessairement les successeurs (C. rur., art. L. 411-34 ; L. 48-1360 du 1^{er} sept. 1948, art. 5 ; L. 89-462 du 6 juill. 1989, art. 14).

(506) Exception faite à nouveau des obligations spécialement indivisibles (C. civ., art. 1222).

(507) Sauf partage réalisé en violation de son droit d'opposition, le créancier aura définitivement perdu l'assiette de son gage propre en même temps que l'indivision aura été rétroactivement anéantie. Et créancier de l'indivision plutôt que du défunt, il ne pourra pas plus prétendre bénéficier du privilège dit de séparation des patrimoines sur les biens issus du partage (comp. C. civ., art. 878). Sur cette question, v. spéc. Y. LEQUETTE, « Le privilège de la séparation des patrimoines à l'épreuve de l'article 815-17 du Code civil », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz, 1983, pp. 371-384. *Adde* : I. MAIRE, « L'intérêt du privilège de la séparation des patrimoines pour les créanciers successoraux », *JCP N* 2001, pp. 700-707.

(508) Ignorant la révocation d'un successeur, et sauf le bénéfice de l'apparence, l'acceptant ne formerait cependant aucun contrat (v. *supra*, *eod. num.*, note 500).

attributaire d'un bien déterminé si l'offre devait être spécialement attachée à ce dernier⁽⁵⁰⁹⁾. Mais on ne permettra pas à l'acceptant de choisir ses cocontractants : l'offre émise pour le compte de la succession vaut pour tous⁽⁵¹⁰⁾ ou pour aucun.

78. L'acceptation retournée à une personne morale dissoute – L'offre exprimée par une personne morale encore active résistera à sa dissolution dans la même mesure que celle qui aura pu être émise pour le compte d'une personne morale déjà disparue⁽⁵¹¹⁾.

Aucune pollicitation faite au nom d'une personne morale ne survivra à sa fusion, à son absorption ou à sa scission. La proposition disparaîtra par caducité au jour de la dissolution de son auteur, laquelle interviendra avec la transmission universelle de son patrimoine, par seul accord des volontés⁽⁵¹²⁾ ou au jour de la constitution juridique des dévolutaires⁽⁵¹³⁾. Toute acceptation tardivement retournée par le tiers destinataire demeurera par conséquent inefficace, quelle que fût l'ignorance que celui-ci eût pu avoir de la dissolution opérée.

Exprimée pour le compte de la personne morale mais au nom du représentant, l'offre survivra au contraire à la dissolution pour se transmettre aux ayants cause à titre universel. L'acceptation ultérieure formera dès lors le contrat pour le compte de l'ensemble des successeurs, conjointement ou solidairement tenus selon qu'ils revêtiront une qualité civile ou commerciale⁽⁵¹⁴⁾. Dans tous les cas, la révocation préalablement opposée par l'un d'eux empêchera l'acceptation renvoyée de former le contrat⁽⁵¹⁵⁾, sauf pour le tiers à s'être prononcé en connaissance de cause. Les autres successeurs seront alors immédiatement engagés ou bénéficieront encore d'une faculté de ratification selon que le pollicitant disposait ou non du pouvoir d'agir pour le compte de la personne morale dissoute.

Pour toute autre cause de dissolution, l'offre ne se transmettra, faute de dévolution universelle du patrimoine, qu'à titre particulier et à la condition d'avoir été en outre émise par représentation imparfaite⁽⁵¹⁶⁾ : seuls les attributaires du bien désigné pourront être

(509) Telle qu'une offre de vente ou de location. Il importe peu en cette hypothèse que l'acceptant ait ignoré le décès ou, à plus forte raison, le partage : dans tous les cas, l'offre attachée à un bien est réputée valoir pour quelque propriétaire, actuel ou futur, de ce bien (C. civ., art. 1122).

(510) C'est-à-dire tous ceux qui ne se seront pas retirés. Car ce n'est pas la même chose pour un ayant cause d'être tenu seul ou, conjointement, avec d'autres.

(511) V. *supra*, n° 76.

(512) C'est-à-dire à la date du dernier vote acquis en faveur de l'opération (C. com., art. L. 236-4, 2°).

(513) C. com., art. L. 236-4, 1°.

(514) Mais l'acceptant pourrait se prévaloir, dans son intérêt, d'une commercialité apparente, s'il avait connu l'opération et pu considérer les successeurs comme ayant la qualité de commerçant, ou s'il avait ignoré la dissolution et estimé conclure le contrat pour le compte d'une personne morale exerçant toujours une activité commerciale. La présomption de solidarité ne valant en la matière que passivement, les ayants cause ne pourront l'opposer à leur tour à l'acceptant pour recouvrir chacun la totalité de leur créance commune : sauf indivisibilité naturelle de l'obligation, ils exerceront leurs droits conjointement.

(515) L'obligation de ses cocontractants pourrait bien être solidaire, si l'un d'eux n'était plus codébiteur l'acceptant perdrait une partie de son gage (rapp. *supra*, n° 77, note 500). Sur le caractère déterminant de l'étendue de ce gage, v. *infra*, n° 256.

(516) Exprimée au nom de la personne morale, l'offre tombera par caducité à la dissolution du pollicitant, soit au jour du vote de l'assemblée générale ou à la date à laquelle le jugement constitutif sera passé en force de chose jugée, sans que l'ignorance de l'acceptant ne puisse venir s'y opposer. Comp. cep. l'hypothèse où l'offre pourrait répondre aux besoins de la liquidation, *infra*, *eod. num.*

tenus, faute de révocation, au titre d'une offre faite *intuitu rei*. Ils le seraient encore même s'ils avaient ignoré l'existence de la pollicitation : celle-ci se transmettra *propter rem* à titre accessoire, et ils n'auront de recours que contre le représentant si celui-ci avait négligé de les informer de l'offre qu'il avait exprimée pour le compte de la personne disparue⁽⁵¹⁷⁾. Ces ayants cause à titre particulier jouiront néanmoins d'une faculté de ratification si le pollicitant avait agi sans pouvoir.

Retournée en cours de liquidation, l'acceptation formera ainsi le contrat sur la tête du représentant pour le compte de la personne morale demeurée en possession de la chose objet de l'accord⁽⁵¹⁸⁾ ou pour celui du tiers qui en aurait déjà acquis la propriété. Acceptée après clôture des opérations de liquidation, le contrat vaudra de la même façon pour ceux qui auront recueilli le bien visé, tiers acquéreur d'un bien liquidé ou membres du groupement *in bonis*. Ces derniers, encore réunis par l'indivision post-liquidative, deviendront chacun cocontractant du tiers acceptant, jusqu'à ce que le bien soit rétroactivement attribué à l'un d'eux au jour du partage du boni de liquidation⁽⁵¹⁹⁾. L'acceptation qui serait renvoyée après cette date, mais dans le délai de validité de l'offre, formera donc le contrat pour le seul compte du membre attributaire.

L'offre pourrait enfin, avec son auteur, survivre à la dissolution, hors même toute succession à titre particulier et représentation imparfaite, si l'objet du contrat proposé pouvait être considéré comme utile, sinon nécessaire, à la liquidation. Émise au nom de la personne morale, elle pourra être acceptée et le contrat se former sur la tête du pollicitant nonobstant toute dissolution, au-delà même de la clôture, de la radiation et du partage⁽⁵²⁰⁾. Il en résulte que l'acceptant sera lié à un seul cocontractant, n'ayant aucun droit sur le patrimoine propre des membres du groupement⁽⁵²¹⁾, que ceux-ci ne disposeront réciproquement d'aucune action personnelle contre lui, et que le contrat durera, le cas échéant, tant qu'il répondra aux besoins de la liquidation, disparaissant avec la personne morale contractante⁽⁵²²⁾. Le rapport contractuel pourrait cependant, au terme de son utilité

(517) La responsabilité du représentant sera, *mutatis mutandis*, pareillement engagée au cas de transmission universelle (*supra*, *eod. num.*).

(518) Ce qui comprend l'hypothèse dans laquelle, le contrat conclu pour les besoins de la liquidation, la personnalité juridique de la personne morale réapparaîtrait après radiation : même entre les mains d'un membre alloti, le bien ne serait plus détenu que pour le compte de la personne morale ainsi ressuscitée (*v. infra*, *eod. num.*).

(519) L'article 1844-9, alinéa 4, *in fine*, du Code civil renvoyant aux articles 815 et suivants du même Code, on renverra à notre tour au régime du contrat conclu pour le compte de l'indivision successorale, *supra*, n° 77.

(520) Il ne suffira pas au tiers acceptant d'avoir cru le contrat utile à la liquidation pour pouvoir l'opposer à la personne morale si celui-ci ne l'était en réalité pas. Et il sera pareillement indifférent qu'il ait ignoré l'état de dépérissement du pollicitant. Par où l'on observe que la dissolution ne consiste pas en une simple réduction de l'objet social, contre laquelle l'apparence produit au contraire son plein effet.

(521) Sauf groupement à responsabilité illimitée, au sein duquel ceux-ci ne jouiront plus que d'un bénéfice de discussion. Membres d'un groupement civil, on leur accordera encore en ce cas le bénéfice de division ; membres d'un groupement commercial, ils seront solidairement tenus à la dette ainsi contractée : Civ., 5 févr. 1924, DP 1925, I, p. 199.

(522) On mesure le bouleversement que réalise la survie de la personnalité juridique de la personne morale au regard du régime indivisaire de droit commun : à défaut de personnalité juridique en effet, et avant tout partage, l'acceptant est à l'inverse lié à autant de cocontractants qu'il y a de coindivisaires, disposant, sans
(suite p. suiv.)

liquidative, se transporter à titre particulier sur celui qui recueillerait le bien objet de la convention⁽⁵²³⁾. Conclu au-delà même du partage, le contrat offrirait pour gage à l'acceptant des biens qui auront déjà été distribués aux ayants cause⁽⁵²⁴⁾ ; il s'en déduira que, tout en agissant contre la personne morale dissoute, celui-ci disposera d'une voie d'exécution contre ces derniers, pris ès qualités de tiers détenteurs⁽⁵²⁵⁾. En toute occurrence, un mandataire *ad hoc* devra être nommé pour permettre d'agir contre ou au nom de la personne morale ravivée⁽⁵²⁶⁾. Au terme de ce dernier contrat, celle-ci retournera à son néant et abandonnera à l'ensemble de ses membres le produit perçu après exécution, de sorte qu'une indivision nouvelle se constituera sur ce dernier. Celui qui aura concouru au-delà de sa part au paiement du tiers créancier disposera d'un recours contributoire contre ses partenaires passés ; s'il ne l'a pas exercé avant nouveau partage, il pourra imposer à ses copartageants de rapporter leur dette en moins prenant (C. civ., art. 864).

Survivant ainsi en qualité de pollicitant, la personne morale dissoute ne résistera pas moins à sa disparition en qualité de destinataire de l'offre.

2. La disparition du destinataire de l'offre

79. Une offre pour la succession du destinataire – L'offre est émise au nom du pollicitant au profit de son destinataire. Recueillant le patrimoine de la personne disparue,

bénéficie de discussion, d'un droit propre et fractionné sur leur patrimoine personnel autant que d'un droit *ut universi* sur le patrimoine indivis ; les cocontractants en indivision disposent à leur tour, chacun pour sa quote-part, d'un droit personnel contre l'acceptant ; et le contrat, conclu pour l'indivision, et non pour liquidation, pourra faire l'objet d'une attribution au jour du partage, sans devoir s'attacher à quelque bien que ce soit. Sur ce régime, v. *supra*, n° 77.

(523) Ex. : le bail consenti par la société en liquidation sur un immeuble apporté en nature, et qui obligera à ce titre l'associé apporteur qui demanderait à reprendre son bien.

(524) À moins que la liquidation n'ait fait apparaître à sa clôture un solde déficitaire, auquel cas il n'y aura pas eu d'actif à partager. Le tiers cocontractant ne bénéficierait plus alors que d'un gage réduit à l'objet du contrat, sauf à disposer encore d'une action contre des membres indéfiniment obligés à la dette du groupement.

(525) Décr. 92-755 du 31 juill. 1992, art. 99 à 106 et art. 146 à 148. Le créancier de la personne morale pourra saisir les biens de celle-ci à hauteur de sa créance, sans égard pour la répartition de la dette entre les membres du groupement, même de droit civil : il n'agit pas directement contre eux, qui ne sont ni conjointement ni solidairement tenus, mais contre la personne morale elle-même. Sortis pour l'occasion du patrimoine des tributaires, ces biens échapperont au concours de leurs créanciers personnels ; en contrepartie, le créancier de la personne morale ne disposera d'aucun autre droit sur le patrimoine propre de ces détenteurs. Au cas de transmission de ces biens à un tiers de bonne foi, une subrogation réelle s'opérera sur ceux acquis en remplacement.

Dès lors que le partage lui est par nature inopposable, la personnalité juridique de la personne morale ressuscitant pour lui, on ne voit pas pourquoi on devrait continuer à enseigner que le tiers acceptant disposerait encore d'une action en inopposabilité pour fraude, voire cumulativement, et *ultra legem* alors, de l'action en opposition de l'article 882 du Code civil (laquelle, rappelons-le, a précisément pour objet de se substituer en matière successorale à l'action paulienne de droit commun). La jurisprudence la plus récente citée comme ayant admis ces actions concurrentes est déjà séculaire (v. en dernier lieu, Civ., 1^{er} févr. 1922, *S.* 1922, I, p. 337, note Bourcart, pour le droit d'opposition de l'article 882), et à sa rétraction correspond justement l'essor du principe de survie de la personnalité morale.

(526) V. par ex. Com., 11 juill. 1988, *Bull.*, IV, n° 248 ; *Rev. sociétés* 1988, p. 521, note Y. Guyon ; 15 juin 1993, *Bull.*, IV, n° 255 ; *Rev. sociétés* 1993, p. 797, note Y. Chartier ; *Bull. Joly* 1993, p. 1153, note J.-F. Barbieri ; *Dr. sociétés* 1993, n° 176, note Th. Bonneau ; 2^e civ., 24 janv. 2008, *Bull.*, II, n° 21 ; *D.* 2008, AJ, p. 544.

les ayants cause pourront ainsi accepter pour leur compte l'offre qui lui fut adressée⁽⁵²⁷⁾. La solution vaudra que le destinataire n'existât déjà plus au jour de l'offre (a), où qu'il n'ait disparu qu'après celle-ci (b).

a. Le destinataire disparu au jour de l'offre

80. L'offre adressée à une personne physique décédée – Sauf *intuitus personae*, l'offre adressée à une personne déjà disparue vaudra pour la succession⁽⁵²⁸⁾, que le pollicitant ait connu ou ignoré ce décès⁽⁵²⁹⁾. Si l'offre transmise à un héritier unique pourra être acceptée par lui⁽⁵³⁰⁾, celle destinée à une pluralité de successeurs devra être, quant à elle, acceptée pour le compte de l'indivision successorale. À considérer cette acceptation comme un acte d'administration, elle requerra l'accord des deux tiers des indivisaires (C. civ., art. 815-3, « al. 2 » (al. 1^{er}, 1^o)) ou le pouvoir du mandataire⁽⁵³¹⁾. À admettre que certaines acceptations puissent tenir de l'acte conservatoire⁽⁵³²⁾, celles-ci pourraient être valablement exprimées par tout indivisaire agissant, même sans pouvoir spécial, pour le compte de l'indivision (C. civ., art. 815-2) ; et il en ira encore ainsi en vertu des règles de la gestion d'affaire si le contrat conclu était jugé simplement utile (art. 815-4, al. 2)⁽⁵³³⁾. Un tiers, représentant du défunt de son vivant, ou autre mandataire de la succession, pourrait aussi

(527) À vrai dire, il est douteux que la faculté d'accepter une offre constitue un élément du patrimoine recueilli par la succession : il s'agira bien plutôt d'une faculté de nature extra-patrimoniale, dévolue parmi d'autres aux ayants cause, lesquels, plus que de succéder au patrimoine du défunt, continuent, dit-on, sa personne. Sur cette dévolution extra-patrimoniale, v. not. S. ZARKA, *L'héritage moral*, th. Paris, 1954 ; P. BLONDEL, *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel*, th. Dijon, 1966, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 95, 1969 ; P. KAYSER, « Les droits de la personnalité », *RTD civ.* 1971, pp. 445-509, spéc. n° 39, pp. 497-500. Seule la pollicitation stipulée spécialement irrévocable, voire simplement transmissible à la succession du pollicitant, et constitutive comme telle d'un véritable engagement, pourrait être tenue pour une valeur patrimoniale. En ce sens, v. J.-L. AUBERT, *op. cit.* (*supra*, note 492), n° 262, pp. 235-236, qui assimile cependant irrévocabilité et transmissibilité. Rapp. la transmission patrimoniale de l'offre du défunt, *supra*, n° 77, note 495.

(528) Voire, au cas de déshérence, pour l'État (C. civ., art. 539, art. 713, et art. 724, al. 3 ; CGPPP, art. L. 1122-1), dans la mesure où l'on pourra admettre qu'il fut indifférent pour le pollicitant de devoir se soumettre aux prérogatives contractuelles de la personne publique. Encore faudra-t-il que l'offre soit susceptible, par son objet, d'être librement acceptée par ce destinataire substitué, alors que les conditions de publicité et de concurrence sont très largement requises s'il s'agit d'un marché public, et que certaines conventions sont purement et simplement prohibées (v. not. CGPPP, art. L. 2222-7 à L. 2222-9, art. L. 3211-7 et art. L. 3211-18, pour la location ou l'aliénation d'un bien du domaine privé en deçà de sa valeur ; et déjà déc. C. const. n° 86-207 DC du 26 juin 1986 relative aux privatisations, *Rec.*, p. 61, consid. 58, pour la cession « des biens ou des entreprises faisant partie de patrimoines publics [...] à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur »). Reste que l'État devrait pouvoir librement accepter, entre autres exemples, l'offre de vente faite au défunt, en vue de se rendre acquéreur du bien du pollicitant, et si tant est bien sûr que le délai de validité de l'offre ne fût pas expiré, ce qui rend l'hypothèse d'école.

(529) Considérant que seule importe pour lui la conservation du patrimoine du destinataire : v. *infra*, n° 256.

(530) Par cette acceptation, le successible pourrait faire acte d'héritier, réputé ce faisant accepter purement et simplement la succession (C. civ., art. 782 à 784).

(531) Mandataire désigné ou tacitement accepté par les coindivisaires (C. civ., art. 815-3), voire administrateur judiciaire (art. 815-6, al. 3). À défaut de pouvoir, on n'opposera pas le contrat à l'indivisaire acceptant : vouloir engager le patrimoine indivis n'implique pas de vouloir s'obliger sur ses propres biens.

(532) Telle, par exemple, l'acceptation donnée à la proposition faite par le débiteur pour repousser le terme bientôt échu du délai de prescription.

(533) Sur le régime du contrat formé pour le compte de l'indivision successorale, v. *supra*, n° 77, *in fine*.

accepter pour le compte de celle-ci l'offre tardivement émise, à condition de disposer du pouvoir d'agir au nom des successeurs eux-mêmes⁽⁵³⁴⁾. L'acceptation qu'il retournerait au nom du destinataire disparu resterait quant à elle parfaitement inefficace, et le contrat condamné en ce cas à l'inexistence.

Aucun des coïndivisaires successoraux ne pourrait en revanche former pour son propre compte le contrat proposé⁽⁵³⁵⁾ : l'offre adressée au défunt ou à la succession vaut pour la totalité du patrimoine transmis et non pour la fraction dévolue à chacun des ayants cause. C'est à la condition pour l'acceptant d'avoir recueilli l'universalité du patrimoine que l'on admettra que le pollicitant ait pu vouloir contracter avec lui. Seul l'héritier unique pourra donc librement accepter pour son propre compte l'offre adressée au défunt ou à la succession⁽⁵³⁶⁾. Au cas de pluralité de successeurs, l'acceptation ne pourra être donnée que pour le compte de l'indivision constituée par l'universalité patrimoniale du défunt ou, après le partage, par la totalité des héritiers⁽⁵³⁷⁾. L'offre dont l'objet vise un bien particulier de la succession⁽⁵³⁸⁾ pourrait seule être acceptée par un indivisaire agissant pour son propre compte, et sous la condition pour lui de se trouver finalement alloti de ce bien⁽⁵³⁹⁾. Cette condition ultérieurement défaillie, le contrat ainsi formé par anticipation disparaîtrait rétroactivement par caducité.

81. L'offre adressée à une personne morale dissoute – La proposition faite à une personne morale déjà dissoute vaudra elle aussi pour sa succession. À la différence d'une personne physique cependant, la personne morale ne transmettra qu'exceptionnellement l'universalité de son patrimoine⁽⁵⁴⁰⁾.

(534) Mais on ne lui reconnaîtra pas le droit, même s'il disposait d'une procuration pour ce faire, de s'interposer par représentation imparfaite : il ne peut accepter en son nom une offre qui ne lui est pas adressée (v. *infra*, n° 253). Il faudrait convoquer la théorie de l'apparence pour forcer en ce cas à l'existence du contrat.

(535) Il faudrait une volonté spécialement exprimée en ce sens par le pollicitant pour pouvoir considérer qu'il ait en outre offert à chacun des successeurs la faculté d'accepter pour son propre compte. *Contra* pourtant : 1^{re} civ., 5 nov. 2008, pourvoi n° 07-16505 (*JCP N* 2009, 1001, n° 1, obs. S. Piedelièvre ; *Dr. & Patr.* 2009, n° 183, p. 84, obs. L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck), qui paraît valider l'acceptation donnée pour son propre compte par un seul des successeurs du destinataire de l'offre.

(536) Et ce même si la transmission opérait au bénéfice d'un patrimoine grevé de dettes, qui absorberaient la totalité de l'actif de la succession et, avec, le gage du tiers pollicitant : tel est bien l'effet de la règle posée à l'article 1122 du Code civil. Le pollicitant, à défaut d'avoir jamais disposé de droits sur le défunt, ne pourrait pas même se prévaloir en ce cas du bénéfice de la séparation des patrimoines, laquelle n'opérerait de toute façon que pour les dettes du *de cuius*, ou liées à son décès, et non pour celles ultérieurement et autrement causées.

(537) Et à la condition encore que la nature de la convention proposée supporte cette pluralité de contractants. L'acceptation renvoyée par un successeur unique pour son propre compte ne vaudrait qu'offre de contrat émise à l'adresse du pollicitant.

(538) Ce qui serait le cas, par exemple, de l'offre d'achat d'un bien ayant appartenu au défunt.

(539) L'offre adressée au défunt conservant par principe un caractère extra-patrimonial (v. *supra*, n° 79, note 527), on doit conclure que l'ayant cause à titre particulier fait lui aussi plus que recueillir un bien déterminé de son auteur : il succède pleinement à sa personne dans l'exercice de tous les droits *propter rem*, même extra-patrimoniaux, qui étaient les siens.

(540) Sur le caractère exceptionnel de cette transmission, v. *supra*, n° 72.

La fusion, l'absorption ou la scission opèrent seules dévolution universelle aux ayants cause, et ce n'est par suite qu'en ces hypothèses que la pollicitation adressée à la personne morale demeure valable par principe. Dès lors, à moins pour l'offre d'avoir été émise *intuitu personae*, l'ayant cause universel pourra accepter sur sa tête le contrat ainsi proposé. Au cas de pluralité de successeurs à titre universel⁽⁵⁴¹⁾, le contrat ne se formera cependant qu'avec l'acceptation de l'ensemble des dévolutaires, c'est-à-dire à condition d'engager l'ensemble du patrimoine transmis : on n'admettra pas en effet que le tiers pollicitant puisse se retrouver créancier sur un patrimoine diminué⁽⁵⁴²⁾. Ce n'est donc qu'avec l'expression, dans les délais, de la volonté du dernier acceptant que le pollicitant se verra définitivement lié à une pluralité de cocontractants.

Toute autre cause de dissolution commandera la liquidation du patrimoine de la personne morale, et l'offre alors émise par le tiers restera absolument nulle, pour objet matériellement impossible⁽⁵⁴³⁾. Aucune acceptation des ayants droit au produit de la liquidation ne pourra dès lors former un contrat, sauf pour l'acceptant à avoir légitimement cru la pollicitation lui être personnellement adressée⁽⁵⁴⁴⁾. De fait, celle-ci ne vaudrait exceptionnellement pour lui que si elle visait un bien déterminé du patrimoine liquidé ou en liquidation⁽⁵⁴⁵⁾ et s'il en avait acquis la propriété⁽⁵⁴⁶⁾. En cette circonstance, l'acceptant passera pour ayant cause à titre particulier de la personne morale dissoute, réputé lui succéder *propter rem*, et disposera donc de la faculté, en cette qualité, de former le contrat pour son propre compte. Si la liquidation a fait apparaître un actif excédentaire, celui-ci aura composé une masse de biens dévolue aux membres du groupement dissous réunis en indivision. À ce stade, l'acceptation ne pourra être donnée que pour le compte de cette indivision⁽⁵⁴⁷⁾ et le contrat alors conclu sur la tête de chaque indivisaire⁽⁵⁴⁸⁾ vaudra rétroactivement, au jour de la distribution, pour le seul attributaire du bien objet de la convention. Maintenue encore au-delà du partage, l'offre ne s'adressera plus qu'au copartageant ainsi alloti.

(541) Spéc. au cas de scission, mais également au cas de fusion-absorption réalisée conjointement par plusieurs acquéreurs.

(542) Peu importe même que l'actif des successeurs acceptants soit bien supérieur : toute offre est réputée émise *intuitu pecuniae* (v. *infra*, n° 256) et l'on ne substituera pas subitement un gage par un autre sans l'accord du créancier. Rien n'interdit au demeurant au tiers pollicitant d'accepter à son tour l'acceptation ainsi requalifiée en offre (sur cette requalification, v. *supra*, n° 80, note 537).

(543) L'objet de l'offre, prise en tant que telle, est d'ouvrir à un destinataire la faculté de se lier contractuellement avec son auteur ; si le destinataire n'existe pas, l'objet de l'offre est matériellement impossible. Rappr. le cas de l'offre adressée à une personne non encore conçue, *supra*, n° 35, spéc. note 169.

(544) Sur le bénéfice de l'apparence accordé à l'acceptant, v. *infra*, n° 229 et s.

(545) Certes, le bien demeuré dans le patrimoine en liquidation, la personne morale en restera seule propriétaire (v. *infra*, *eod. num.*). Mais il pourrait en être déjà sorti, en réalisation de l'actif, auquel cas le tiers acquéreur sera tenu, dès la période liquidative, pour destinataire de l'offre.

(546) Pour la détermination de ces ayants cause à titre particulier, v. *supra*, n° 72, note 446.

(547) À la condition, évidemment, que l'offre porte sur les biens demeurés dans l'actif apuré ; à défaut, l'acceptation ne pourrait être donnée que par le tiers qui aurait acquis le bien concerné en cours de liquidation. Sur les conditions de l'acceptation exprimée pour le compte de l'indivision, v. *supra*, n° 80.

(548) Sur le régime du contrat passé pour le compte de l'indivision, v. *supra*, n° 77.

Même non attachée à un bien déterminé du patrimoine en liquidation, l'offre exprimée par le tiers à destination d'une personne morale déjà dissoute l'aura été valablement si elle proposait un contrat utile aux opérations de liquidation⁽⁵⁴⁹⁾. Dans cette mesure, la personnalité juridique du destinataire survivra en effet⁽⁵⁵⁰⁾, et son acceptation pourra encore former ce nouveau rapport contractuel sur sa tête. Avant clôture, le liquidateur aura seul, en qualité de représentant, le pouvoir d'accepter l'offre adressée à la personne morale, de même que lui seul pourra ensuite agir, défendre ou recevoir le paiement au nom de celle-ci. Après cette date, il devra être nommé, à ces mêmes fins, un nouveau mandataire⁽⁵⁵¹⁾. Le contrat formé, celui-ci trouvera son terme dans l'épuisement de son objet, et emportera avec lui la personne morale un instant réapparue par-delà la clôture. Seul le contrat conclu sur un bien déterminé, même pour les besoins de la liquidation⁽⁵⁵²⁾, subsisterait après celle-ci, pour le compte de celui qui en aura acquis la propriété⁽⁵⁵³⁾.

Ainsi validée lorsqu'elle aura été émise à l'adresse d'une personne morale déjà dissoute, l'offre pourrait encore persister si son destinataire ne devait avoir disparu qu'au jour de l'acceptation.

b. Le destinataire disparu au jour de l'acceptation

82. L'offre acceptée pour une personne physique décédée – Le défunt ne peut certes plus rien vouloir, mais ses ayants cause, succédant à sa personne, pourraient contracter à sa place. Étant acquis que la pollicitation adressée à un destinataire déjà décédé vaut pour sa succession⁽⁵⁵⁴⁾, on admettra, *a fortiori*, que l'offre émise du vivant du destinataire survive à son décès : ses successeurs pourront accepter dans le délai de validité et former le contrat pour leur compte⁽⁵⁵⁵⁾.

L'opinion contraire est certes très généralement défendue⁽⁵⁵⁶⁾, mais paraît procéder, en l'absence d'explication, de la pure pétition de principe. Il est facile en effet de reconnaître

(549) Un tiers pourrait ainsi, par exemple, proposer à la personne morale de mettre ses compétences financières au service de la liquidation en cours de réalisation.

(550) Sur cette survie, v. *supra*, n° 72.

(551) Cette nomination pourrait intervenir judiciairement sur l'action intentée *ut singuli* par l'un des anciens membres du groupement dissous – si tant est qu'il puisse se prévaloir de la nécessité d'accepter cette offre – ou, en premier lieu, sur décision de leur assemblée. C'est dire que, par la seule force de sa volonté, le tiers pollicitant pourrait ressusciter la personne morale... C'est bien lui en effet qui l'assignera encore au-delà de sa radiation en son siège social et demandera simultanément au juge de nommer son mandataire à fin de représentation *ad agendum*.

(552) Pour un exemple, v. *supra*, n° 78, note 523.

(553) Sur cette transmission à titre particulier, v. *supra*, *eod. num.*

(554) V. *supra*, n° 80.

(555) C'est-à-dire pour le compte propre de l'ayant cause universel ou, au cas de pluralité de successeurs, pour celui de l'indivision successorale. Et il reviendrait encore au successeur à titre particulier d'intervenir pour son propre compte si l'offre était attachée à un bien déterminé.

(556) V. ainsi Ch. TOULLIER, *op. cit.* (*supra*, note 489), n° 31, p. 35 ; J.-B. DUVERGIER, sur Ch. Toullier, *Le droit civil français*, 5^e éd., J. Renouard, t. XVI, *De la vente*, 1835, nos 69 et 70, pp. 65-66 ; Ch. AUBRY et Ch. RAU, *op. cit.* (*supra*, note 64), t. IV, 1871, § 343, 2°, pp. 292-293 ; Ch. DEMOLOMBE, *op. cit.* (*supra*, note 1), t. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, [4^e éd.], 1877, n° 69, p. 66 ;
(suite p. suiv.)

dans cette solution la captieuse séduction de la figure symétrique : la mort du pollicitant emportant par principe la caducité de l'offre⁽⁵⁵⁷⁾, celle-ci devrait semblablement souffrir la même sanction au cas de décès du destinataire⁽⁵⁵⁸⁾.

Or, le destinataire n'est pas le pollicitant : seul ce dernier a exprimé une volonté, qui ne pourra survivre en cet état de suspension, et sauf dispositions autrement prises, qu'autant que vit toujours son auteur⁽⁵⁵⁹⁾. Au contraire du pollicitant, le destinataire n'a pour sa part encore rien exprimé, et son décès ne pourra donc pas mettre fin, par hypothèse, à quelque volition que ce soit. À moins que les qualités personnelles du cocontractant pressenti n'aient spécialement déterminé la volonté de l'auteur de l'offre⁽⁵⁶⁰⁾, le décès du destinataire n'emportera par conséquent aucun effet extinctif sur la pollicitation⁽⁵⁶¹⁾ : l'offre pourra être acceptée et le contrat se former⁽⁵⁶²⁾.

83. L'offre acceptée pour une personne morale dissoute – De même que l'offre destinée à une personne morale déjà disparue pouvait néanmoins valoir outre cette disparition⁽⁵⁶³⁾, celle adressée avant dissolution pourra encore résister à celle-ci.

Certes, la personne morale ne transmettant ordinairement son patrimoine qu'à titre particulier, l'offre qui lui serait adressée s'éteindra en principe par caducité au jour de la

D. et A. DALLOZ, *op. cit.* (*supra*, note 372), t. XXXIII, 1860, v^o Obligations, n^o 96, p. 77 ; L. LAROMBIÈRE, *loc. cit.* (*supra*, note 489) ; P. PONT, in V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 8^e éd., par P. Pont, t. IV, Delamotte, 1892, n^o 394, p. 360, note 1 ; L. GUILLOUARD, *Traité de la vente et de l'échange*, 3^e éd., t. I, 1902, n^o 14, p. 26 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *op. cit.* (*supra*, note 492), n^o 31, pp. 45-46 ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, préc. (*supra, ibid.*), n^o 560, p. 191 ; J.-L. AUBERT, *op. cit.* (*supra, ibid.*), n^o 251, p. 226. Mais lorsqu'un argument est avancé au soutien de cette opinion, il tend singulièrement à se confondre au critère de l'*intuitus personae*, qui seul justifie alors la caducité.

Contra cep. : A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, 4^e éd., C. Thorel et Guilbert, 1844, t. XVI, n^o 45, *in fine*, p. 55 : « nous pensons que les héritiers de celui à qui les offres ont été faites, et qui, surpris par la mort, n'a pas eu le temps de les accepter, pourraient les accepter eux-mêmes, à la différence d'une donation, qui est faite intuitu personæ. » Rapp. égal. A. DOLBEAU, *Des contrats par correspondance en général*, th. Caen, 1896, p. 218, qui admet au moins cette transmission lorsque « la proposition présente un caractère impersonnel ».

(557) V. *supra*, n^o 77.

(558) Certains auteurs, dans cette logique d'assimilation, étendent même la caducité au cas de simple incapacité du destinataire. V. ainsi D. et A. DALLOZ, *loc. cit.* (*supra*, note 556) ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *loc. cit.* (*ibid.*) ; R. DEMOGUE, *loc. cit.* (*ibid.*) ; J.-L. AUBERT, *loc. cit.* (*ibid.*).

(559) Sur cette subordination de la volonté à l'existence de son auteur, v. not. *supra*, n^o 70, *in fine*.

(560) L'arrêt de la Cour de cassation toujours cité comme ayant conclu à la caducité de l'offre pour décès du destinataire (Civ., 20 juill. 1846, DP 1846, I, p. 335 ; S. 1846, I, 875) n'a ainsi jamais jugé que de la disparition d'une offre de donation, laquelle est justement réputée émise, par nature, en considération de la personne du bénéficiaire. V. en ce sens A. DURANTON, *loc. cit.* (*supra*, note 556). Tout autre est l'offre stipulée *intuitu pecuniae*, laquelle, ne se déterminant que par l'étendue du patrimoine du destinataire, ne souffre pas directement de l'effet dévolutif de son décès (v. *infra*, n^o 257).

(561) Peu importe encore que l'offre ne constitue pas un élément de l'actif du patrimoine du destinataire et qu'elle soit comme telle incessible : que l'offre n'ait pas eu cette valeur patrimoniale du vivant du bénéficiaire n'empêchait pas ce dernier de former par son acceptation le contrat proposé, et qu'une valeur extra-patrimoniale soit comme telle incessible, entre vifs, ne la rend pas nécessairement intransmissible à cause de mort (v. *supra*, n^o 79, note 527).

(562) V. par ex. 1^{re} civ., 5 nov. 2008, préc. (*supra*, note 535), à propos d'une offre de vente acceptée par l'un des héritiers. Sur les modalités de cette acceptation, v. *supra*, n^o 80. Comp. lorsque le destinataire est une personne morale, *infra*, n^o 83.

(563) V. *supra*, n^o 81.

dissolution⁽⁵⁶⁴⁾ : dès cette date en effet, l'objet de la pollicitation sera devenu impossible⁽⁵⁶⁵⁾, et toute acceptation ultérieurement exprimée ne prétendrait plus former qu'un contrat en réalité inexistant. Mais on sait qu'il pourrait en aller autrement.

Dissoute par fusion, absorption ou scission, la personne morale transmettra l'universalité de son patrimoine, et, sauf *intuitus personae*, l'offre qui avait valu un temps pour elle vaudra de la même manière pour l'ensemble de ses successeurs : leur acceptation formera le contrat⁽⁵⁶⁶⁾. Dissoute pour toute autre cause, la personne morale en liquidation transmettra encore ses biens *ut singuli* à leurs attributaires ou à des tiers acquéreurs, et l'offre qui aura été émise *intuitu rei* à son endroit se transportera sur la tête de ces ayants cause. Enfin, conférant la faculté de conclure un contrat utile aux opérations de liquidation, la pollicitation ne subira pas plus que la personne morale l'effet extinctif de la dissolution : elle survivra avec son destinataire, qui pourra, dans le délai de validité stipulé⁽⁵⁶⁷⁾, décider à tout moment de conclure le contrat proposé⁽⁵⁶⁸⁾.

Il apparaît donc que le contrat en cours de formation trouve finalement dans la succession à la personne disparue un remède particulièrement efficace à son inexistence : tant que l'offre n'est réputée émise qu'en considération du patrimoine de son destinataire, la disparition de celui-ci importera moins que celle de ses biens.

84. Conclusion – De sa naissance à sa mort, la personne, physique ou morale, s'impose ainsi dans le rôle de la personne juridique comme condition primordiale à l'existence de tout contrat. À ces deux confins, elle le traîne aussi avec elle dans ses limbes : que le droit peine à la définir et le contrat sera renvoyé aux mêmes incertitudes.

Inexistant sera donc l'accord prétendument conclu sur la tête d'une personne hors du monde pour ne pas avoir été encore conçue ou pour être déjà disparue. Tel serait le cas si le représentant légal contractait au nom d'un enfant qu'il aura cru déjà conçu ou si le soi-disant mandataire d'une personne morale encore non organisée prétendait s'engager au nom de celle-ci, par représentation parfaite là encore. Il suffirait cependant que cette représentation se fasse imparfaite, et que l'accord soit alors conclu pour le compte de la personne future mais sur la tête de son représentant, pour permettre à l'engagement de se former sous condition de sa ratification ultérieure. Un mécanisme semblable paraît également valoir lorsque la personne représentée est déjà en cours de constitution au moment de la formation du contrat : en ce cas en effet, on réputera l'accord formé sous la condition suspensive de l'attribution définitive de la personnalité juridique, en sorte que la

(564) Pour les personnes morales seulement, on pourra donc ériger en principe la solution classiquement et indistinctement avancée pour les personnes physiques (v. *supra*, n° 82).

(565) V. *supra*, *ibid.*, spéc. note 543.

(566) Sur les modalités de cette acceptation, v. *supra*, n° 81.

(567) À défaut de toute stipulation, on pourra tenir que, sauf autres circonstances, l'offre émise en connaissance de cause sera réputée valoir, eu égard à son objet, pour la durée de la liquidation. En ce cas, son terme se confondra au refus tacitement exprimé par le vote de la clôture (v. *infra*, note suiv.).

(568) Si l'assemblée des membres du groupement dissous devait néanmoins voter la clôture des opérations de liquidation, on considérera que la personne morale aura finalement refusé ce faisant le contrat proposé.

défaillance éventuelle de cette condition entraînera, non l'inexistence, mais la caducité de l'engagement. Pour que l'inexistence du contrat reparaisse, il faut se situer à l'autre bout de l'existence du contractant : l'offre ou l'acceptation donnée au nom d'une personne défunte ou dissoute serait privée de tout effet pour impossibilité matérielle, et obligerait à constater l'inexistence du contrat qu'elle prétendrait former. Et si l'engagement utile aux opérations de liquidation du patrimoine de la personne morale échappe pour sa part à cette sanction, c'est que la personnalité juridique de ce contractant est réputée persister à cette seule fin. Là encore, et hors même cette dernière exception, le contrat pourra malgré tout se former s'il a été consenti par représentation imparfaite, pour le compte de la personne disparue : alors ses successeurs, dévolutaires de ce compte, seront admis à contracter en leur propre nom. À défaut, il manquerait l'essentiel, car aucune volonté ne saurait être exprimée par une personne dénuée de toute existence.

Il ne suffit du reste pas que le droit confère une personnalité juridique au contractant ; il faut encore, pour s'assurer de l'existence possible de sa convention, qu'il n'ait pas manqué par ailleurs de conscience juridique.

CHAPITRE II

L'ABSENCE DE
CONSCIENCE JURIDIQUE

85. Une personne sans conscience – L'être ne devient personne que s'il lui est reconnu une vie animée par essence d'une volonté libre et autonome⁽¹⁾. Certains individus, pourtant élus en leur essence à la personnalité, se trouvent néanmoins dénués de cette supériorité intellectuelle que l'on juge propre à la personne humaine⁽²⁾ : personnes juridiques, ils sont, au moins partiellement, dépourvus de cette conscience qui assure l'autonomie de la volonté⁽³⁾.

Est conscient celui qui partage une connaissance avec d'autres ou qui est doué de la faculté d'accéder à cette connaissance commune⁽⁴⁾. Au plus large, la conscience est dite psychologique, lorsque la personne connaît ou est susceptible de connaître ce que toute autre saurait à sa place. Par métonymie, la conscience vise généralement en ce sens la connaissance qu'a l'être humain de sa propre existence, et pourra même se réduire à une simple conscience cognitive, prise comme la faculté de percevoir les informations livrées par son environnement. Plus spécialement, la conscience se fera morale, lorsque sera en cause l'aptitude donnée à chacun de juger, par raison ou par intuition, du bien et du mal, telle que s'exerçant notamment sur ses propres actes⁽⁵⁾. Par extension enfin, ce jugement

(1) V. *supra*, n° 21, *in medio*, spéc. note 44.

(2) Sur cette indispensable distinction entre défaut de personnalité et défaut de conscience, v. par ex. J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, pp. 117-119, spéc. p. 117 : « *l'individu inconscient de ses actes, infans ou dément, personne selon la science – au moins la science morale, – a, pour le juriste, titre de sujet de droit.* » Il a fallu DUGUIT pour refuser la qualité de sujet de droit aux individus privés de conscience : v. *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., t. I, E. de Bocard, 1927, § 44, pp. 469-481, et la réfutation de GÉNY, *in Science et technique en droit privé positif*, t. IV, Sirey, 1924, pp. 187-189.

(3) Si la personnalité dépend de l'espèce, la conscience appartient à l'individu. Sur ce rapport, v. déjà *supra*, n° 26, spéc. note 102, *in fine*.

(4) *Cum scire* : savoir ensemble ; puis *conscientia* : connaissance partagée.

(5) Pour un examen juridique de cette conscience morale, v. not. D. FENOUILLET, *La conscience*, th. Paris II, 1991, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 235, 1993. V. égal. *infra*, n° 264 et s.

pourrait même échapper à tout sens moral, il se ferait encore en conscience dès lors que confiné au huis clos du for intérieur.

Il est donc différentes formes d'inconscience : on peut, par circonstance, ne pas être conscient d'une chose sans être pour autant privé, par nature, de la faculté de la connaître ; on peut en outre être insusceptible de prendre conscience de certaines choses, sans être pour cela dépourvu de toute conscience, appliquée à d'autres objets de réflexion. Pour que l'expression d'une volonté ne soit pas reconnue en droit, il faut que l'inconscience de son auteur porte sur la faculté minimale de mesurer les conséquences juridiques de sa volition : en cas d'absence de toute conscience *juridique*,⁽⁶⁾ la volonté aura bien été, pour le droit, exprimée en vain. La conscience pourra ainsi être, pour le juriste encore, cette lumière qui éclaire la volonté et sans laquelle cette dernière, pour exister, n'en sera pas moins privée d'autonomie, insusceptible de se déterminer elle-même en se donnant sa propre loi⁽⁷⁾.

La personne dépourvue, même partiellement, de conscience manque par voie de conséquence, sur cet objet, de discernement, inapte à opérer les distinctions qu'il impose. Mais on peut être privé de discernement pour d'autres causes, et notamment pour simple méconnaissance : on ne dira pas du profane qui ignore tout d'une science qu'il est proprement inconscient, car son inexpérience est celle de tout un chacun⁽⁸⁾. De ce fait, le droit, qui protège la personne incompetente, ne lui interdit pas de contracter seul, la considérant douée par ailleurs d'un état de conscience suffisant pour s'engager : elle sait ce que toute personne est censée savoir. On peut de surcroît, sur un même objet, manquer pour partie de discernement sans en être entièrement dépourvu, alors que l'inconscient en est quant à lui totalement privé. Pour autant, c'est bien de *discernement* que parle la loi lorsqu'elle vise la personne privée de conscience⁽⁹⁾. On tiendra donc, en conséquence, pour légalement équivalentes l'absence de conscience et l'absence de discernement⁽¹⁰⁾.

(6) Sur cette forme de conscience, v. J.-L. SOURIOUX, *Introduction au droit*, 2^e éd., PUF, 1990, n° 32 et s., p. 37 et s. ; *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, dir. A.-J. Arnaud, 2^e éd., LGDJ, 1993, v° Conscience juridique.

(7) Une question peut alors se poser : les personnes morales, à qui l'on reconnaît une volonté autonome (v. *supra*, n° 26), disposent-elles, en outre, d'une conscience ? Dès lors que l'on tire de la raison naturelle qui l'habite l'autonomie de la volonté de toute personne, et que l'on reconnaît une telle volonté à la personne morale (*ibid.*), la réponse affirmative paraît devoir s'imposer. V. ainsi Com., 14 juin 2005, *Bull.*, IV, n° 130 ; *RTD civ.* 2005, p. 774, obs. J. Mestre et B. Fages, qui n'hésite pas à affirmer, pour caractériser le dol commis lors d'une cession d'actions sous-évaluées, que « *les deux sociétés [cédée et cessionnaire] en avaient pleinement conscience* ». On l'admettra d'autant plus volontiers que le droit pénal lui-même, désignant comme responsables les personnes morales (C. pén., art. 121-2), élève bien par ailleurs la conscience en condition de la responsabilité (art. 122-1 et 122-8). Mais il faut immédiatement observer alors que la personne morale ne jouit que d'une conscience d'emprunt : si un groupement ou une fondation dispose bien d'une volonté propre, son état de conscience, en revanche, ne semble pas pouvoir se distinguer en effet de celui des personnes physiques qui la constituent. Rapp. F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Manuel de droit des personnes*, PUF, 2006, n° 249, p. 207, pour qui la personne morale, dont l'autonomie de la volonté est par ailleurs affirmée (n° 244, p. 203), n'éprouve cependant pas d'autres sentiments que ceux-là mêmes de ses membres.

(8) Comp. la définition donnée de la conscience, *supra*, *eod. num.*, spéc. note 4.

(9) V. not. C. pén., art. 122-1, et art. 122-8, al. 1^{er} (rédict. L. 2002-1138 du 9 sept. 2002). *Adde* C. civ., art. 388-1 (L. 93-22 du 8 janv. 1993) ; C. proc. civ., art. 338-1 et s. (rédict. décr. 2009-572 du 20 mai 2009) ; art. 1182, al. 2, art. 1186, et art. 1187, al. 2 et 3 (rédict. décr. 2002-361 du 15 mars 2002) ; C. santé publ., art. L. 1111-2, al. 5 (rédict. L. 2002-303 du 4 mars 2002), et art. R. 1241-14, al. 1^{er}. *Adde* CIDE, art. 12 (1).

(suite p. suiv.)

Même privée de toute conscience, la personne n'est pas nécessairement dénuée de volonté : elle peut bien vouloir quelque chose, mais elle ne réalisera pas ce dont il s'agit. Pour cette raison, sa volition, existant en fait, aura été juridiquement insignifiante, de sorte que son engagement contractuel ne sera pas simplement annulable⁽¹¹⁾, ni même nul de plein droit, mais proprement inexistant. L'humanité livre à cet égard deux cas d'inconscience : l'enfance (Section I) et l'aliénation mentale (Section II).

SECTION I

L'ENFANCE

86. Un seuil – La conscience s'édifie : il faut, passé la naissance, un certain temps avant que la personne humaine acquière cet état de connaissance minimale qui la fera admettre à agir en droit. Avant cela, l'enfant reste, pour le droit, dépourvu de conscience (§ 1), et le contrat que l'on prétendrait le voir conclure n'aura, en conséquence, aucune existence juridique (§ 2).

§ 1 – L'enfant dépourvu de conscience

87. Progression – L'inconscience de l'enfant se comble à mesure que s'étend le champ de sa conscience (A) à raison de son âge (B).

Lorsque la loi parle de *conscience*, elle entend celle-ci dans toute sa polysémie. Pour la conscience morale, le plus souvent : C. serv. nat., art. L. 116-1 ; C. proc. civ., art. 237 et 339 ; C. proc. pén., art. 168, al. 1^{er}, et art. 310 (rédict. L. 72-1226 du 29 déc. 1972), art. 353 et 357, parmi d'autres dispositions ; décr. 2005-790 du 12 juill. 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat, art. 3. Pour la conscience cognitive : C. santé publ., art. L. 1111-11, al. 2, et art. R. 1232-1, 1^o. Pour la conscience psychologique : C. pén., art. R. 131-35, al. 1^{er} (rédict. décr. 2004-1021 du 27 sept. 2004) ; C. proc. civ., art. 1234 et 1236 (rédict. décr. 2008-1276 du 5 déc. 2008). De façon moins précise encore, la conscience ne semble parfois plus désigner que le for intérieur : C. santé publ., art. R. 4127-7, al. 1^{er}, art. R. 4127-35, al. 2, et art. R. 4727-44, parmi d'autres dispositions.

(10) Sur la notion de discernement, v. J. HAUSER, « Du discernement ou une famille réduite à la procédure ? », *PA* 28 avril 1999, n° 84, pp. 11-18.

(11) Comp. *Vocabulaire juridique*, dir. G. Cornu, PUF, Quadrige, 7^e éd., 2005, v° Conscience, sens 1, qui, ne distinguant pas l'absence de conscience du simple trouble mental, paraît en faire une cause de nullité relative du contrat. Sur cette distinction, v. *infra*, sect. II, spéc. nos 100, 105 et 106.

A - LE CHAMP DE L'INCONSCIENCE

88. Du premier état de conscience à la conscience juridique – Il est autant d'états de conscience successifs que de connaissances à acquérir⁽¹²⁾ : l'enfant prendra notamment conscience de son espace, de son corps, de sa personne, de l'autre, du temps qui passe, de la mort, de causalités de plus en plus complexes, du hasard, des apparences... avant que d'acquérir une conscience morale rudimentaire, faisant siennes, pour accéder à sa liberté, les interdictions jusqu'alors imposées par autrui. Loin de constituer le dernier état de la conscience humaine⁽¹³⁾, cette conscience morale permettra cependant à l'enfant de se forger une conscience juridique, pour peu qu'il réalise en outre que ces mêmes règles sont aussi le plus souvent socialement obligatoires et parfois même sanctionnées par une autorité suprême que l'on nomme État.

L'enfant devra donc encore concevoir que la norme existe également hors du foyer, de l'école et du jeu, et que sa sanction prend alors une autre mesure, pour que son discernement moral se fasse juridique. C'est dire que sans cette dernière prise de conscience, ses actes, même moralement condamnables ou socialement utiles, n'émergeront pas des limbes du non-droit⁽¹⁴⁾.

89. Les degrés de la conscience juridique – Les éléments d'une conscience juridique acquis, celle-ci restera elle-même encore susceptible de degrés. Au premier d'entre eux sans doute, l'enfant réalisera que le mal qu'il cause à autrui obligera ses parents à réparation ; de cet instant, le jeune auteur, devenu conscient, devrait pouvoir être tenu lui aussi civilement responsable⁽¹⁵⁾. Plus avancé apparaît semble-t-il le discernement de l'enfant qui comprend que sa simple volonté pourra, jointe à une autre, l'engager en droit, c'est-à-dire emporter des effets sanctionnés par un juge étatique. Et encore cet autre stade de la conscience juridique offre-t-il lui-même ses propres variations : l'enfant concevra sans doute mieux les effets d'un contrat d'échange, de vente ou de prêt à usage, que ceux d'un contrat de société, de cautionnement ou de nantissement. Au sein même de son engagement, le jeune contractant pourrait être en outre inapte à comprendre le sens de certaines clauses, tout en saisissant celui, plus évident, des autres stipulations.

Devenu conscient, l'enfant pourra bien manquer encore de discernement, incapable de prévoir toutes les conséquences juridiques et économiques de ses actes ; mais au moins aura-t-il compris qu'il s'engageait en droit. Pour cette raison, le contrat existera, quand bien même le jeune contractant disposerait-il, par faveur, de la faculté de s'en défaire. Pour être nécessaire, le discernement ne devra ainsi être que minimal pour constituer la conscience

(12) Sur cette gradation de l'état de conscience de l'enfant, v. not. J. PIAGET, *La prise de conscience*, PUF, 1974.

(13) Laquelle est, potentiellement, infinie. C'est souvent, par exemple, bien plus tard, sinon jamais, que l'on prend une pleine conscience de la place qu'occupe l'être humain dans son environnement cosmologique.

(14) Ou du moins ne devraient-ils pas en sortir : v. *infra*, n° 91, spéc. note 37.

(15) *Ibid.*

juridique de l'enfant. Il s'agit par conséquent de déterminer l'âge avant lequel le manque de discernement vaudra encore absence de conscience.

B - L'ÂGE DE L'INCONSCIENCE

90. Variations – L'inconscience de l'enfant connaît autant d'âges que de degrés. S'il est vrai que celui-ci édifie progressivement sa conscience, laquelle investira d'abord bien d'autres domaines que juridiques, alors on admettra que l'inconscience infantile perdurera plus longtemps en droit qu'en d'autres matières. Si l'on reconnaît de surcroît que la conscience juridique s'élabore elle-même par paliers, on conclura que l'inconscience juridique a différents âges, variant infiniment selon la maturité cognitive de l'enfant et l'intelligibilité de la règle considérée⁽¹⁶⁾.

La solution rationnelle est donc de laisser au juge le soin de déterminer si, eu égard notamment à la nature de l'acte ou du comportement et au développement intellectuel de l'enfant, celui-ci avait ou non conscience de son droit ou de son obligation⁽¹⁷⁾. Telle est bien

(16) Sur cette édification juridique, v. not. F. TERRÉ et A. SAYAG, « Connaissance et conscience du droit », in *Travaux du Colloque de sociologie juridique franco-soviétique (Paris, octobre 1975)*, CNRS, 1977 ; Ch. KOURILSKY-AUGEVEN, *Les processus de socialisation juridique – La formation des connaissances et des représentations du droit avant l'âge adulte*, collab. I. Carles, Institut de recherche comparative sur les institutions et le droit, CNRS, 1990 ; *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, dir. A.-J. Arnaud, 2^e éd., LGDJ, 1993, v^o Socialisation juridique ; P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2008, n^{os} 87 à 93, pp. 50-54 ; J.-M. PLAZY, *La personne de l'incapable*, th. Bordeaux, 1998, La Mouette, La Baule, 2001, n^o 317, p. 276 : « cette incapacité naturelle peut n'exister que lors de certains actes juridiques, à certains moments. » ; V. DA SILVA, *De l'incapacité à la protection en matière personnelles*, th. Paris I, 2010, n^o 326, p. 176, et n^o 879, p. 467.

(17) En ce sens, v. H. GROTIUS, *De jure belli ac pacis* [Le droit de la guerre et de la paix], Paris, 1625, trad. P. Pradier-Fodéré, éd. Guillaumin, 1867, rééd. PUF, 1999, liv. II, chap. XI, § V, 2, p. 321 : « quand un enfant commence-t-il à avoir l'usage de la raison ? On ne peut le définir de manière précise ; mais il faut se régler sur les actes de chaque jour » ; L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, 2^e éd., A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885, t. I, art. 1124, n^o 11, p. 171 : « Comme, au même âge, ils [le discernement et l'intelligence] ne sont pas les mêmes chez tous, qu'il y a des intelligences précoces et d'autres tardives, suivant les combinaisons de la nature et de l'instruction, il arrivera nécessairement qu'aux yeux de la justice, tel sera plus longtemps enfant que tel autre. Mais ne sachons pas mauvais gré au législateur du silence qu'il a gardé, ni du pouvoir discrétionnaire qu'il a abandonné aux tribunaux, puisque, dégagée des entraves d'une règle absolue, la justice est mieux à même de suivre la nature dans ses variétés infinies, et de la saisir dans ses plus imperceptibles mouvements. » ; R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Libr. nouv. dr. et jur., 1911, p. 293 : « Les facultés les plus élevées et les plus complexes se développent les dernières, la loi ne doit pas avoir un seul âge au-dessous duquel la volonté est considérée comme étant juridiquement inopérante. » ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 3^e éd., Sirey, t. I, 1938, n^o 314, p. 207 : « L'âge du discernement est donc susceptible de varier de sujet à sujet ; le critérium est établi pour chaque espèce, de façon individuelle et empirique. » ; et encore Ph. MALAURIE, *Les personnes*, 4^e éd., Defrénois, 2009, n^o 604, p. 253 : « Il n'existe pas d'âge précis pour fixer le moment à partir duquel un enfant a le discernement [...] Pour les âges intermédiaires, entre 4 et 15 ans, tout est question d'espèce et varie non seulement selon les enfants, mais aussi selon les actes. À 12 ans, on peut avoir assez de discernement pour conduire une bicyclette, non sa vie. » Pour le contrat, v. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, th. Dijon, 1909, A. Rousseau, p. 195 : « Le point de vue pratique garde une certaine importance : ce sera au juge à rechercher si l'enfant a en fait l'âge de raison ; l'inexistence revêt ainsi un caractère plus rationnel et moins légal que si cette limite était fixée a priori par la loi. » ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, *Les personnes*, 21^e éd., PUF, 2000, n^o 109, p. 201, et t. 2, *La famille, l'enfant, le couple*, 21^e éd., PUF, 2002, p. 133 : « C'est, en réalité, une question de fait à trancher dans chaque hypothèse, selon le développement de l'enfant, mais aussi selon l'objet plus ou moins lourd d'un contrat. » Et pour la responsabilité délictuelle, v. G. CORNU, « L'âge civil », in *Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER*, Dalloz et Sirey, 1961, t. II, pp. 9-36, spéc. p. 32 : « Il appartient au juge, à défaut d'âge légal de le déterminer dans chaque espèce, ce qui en fait un âge flottant. [...] À égalité d'âge, tous les enfants n'ont pas le même développement, et les activités dommageables si variables d'une espèce à l'autre n'exigent pas le même degré de discernement. »

la solution que retient très généralement le droit français⁽¹⁸⁾ qui ne pose par principe aucun seuil objectif de rigueur au discernement de l'enfant, tout en y subordonnant son droit⁽¹⁹⁾ ou son obligation⁽²⁰⁾. « *La règle est que le discernement n'a pas d'âge* »⁽²¹⁾, parce qu'il les a tous.

91. Fixations – Malgré les variations naturelles de la maturité infantile, le droit a de longue date prétendu lui conférer un âge.

Incapable de parler, l'*infans*⁽²²⁾ ne pouvait prononcer les formules sacramentelles constitutives des contrats de l'ancien droit romain. En même temps que l'essence de l'acte muta des mots prononcés vers la volonté exprimée, le droit romain retarda la période de l'*infantia* pour établir son terme à celui de la septième année, âge de raison auquel l'enfant est censé, de la façon la plus générale, réaliser la portée de ses actes⁽²³⁾. Avant sept ans donc, les mots de l'enfant restaient dépourvus de toute valeur juridique, de même que son fait dommageable demeurerait sans sanction. Perdu en droit français⁽²⁴⁾, sans l'être dans la tradition populaire, cet âge de raison a conservé tout son effet en droit canonique⁽²⁵⁾ et en droit allemand⁽²⁶⁾.

Mais le droit romain avait encore évolué, retardant le temps de l'irresponsabilité délictuelle à l'*infantiae proximitas*⁽²⁷⁾, sans pour autant cette fois déterminer précisément le

(18) Mais aussi, par exemple, les droits suisse (C. civ. suisse, art. 16 : « *Toute personne qui n'est pas dépourvue de la faculté d'agir raisonnablement à cause de son jeune âge [...] est capable de discernement dans le sens de la présente loi.* ») et québécois (C. civ. Québec, art. 157 : « *Le mineur peut, compte tenu de son âge et de son discernement, contracter seul pour satisfaire ses besoins ordinaires et usuels.* »).

(19) V. ainsi C. civ., C. proc. civ. ou C. santé publ., dispositions préc. (*supra*, note 9). Rapp. CIDE, art. 12 (1) : « *Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.* »

(20) V. not. C. pén., art. 122-8, al. 1^{er}.

(21) J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, *Les personnes*, préc. (*supra*, note 17), n° 108, p. 200, et t. 2, *La famille, l'enfant, le couple*, préc. (*ibid.*), p. 132.

(22) *Infans* : non-parlant.

(23) ULPIN, *in* Dig., IX, II, 52, et XXVI, VII, 1, § 2 ; MODESTIN, *in* Dig., XXIII, I, 14 ; Code Théodose, VIII, XVIII, 8 ; Code Justinien, VI, XXX, 18.

Si l'*infans*, devenu *enfant*, a en France grandi, à partir du XI^e siècle, pour désigner bientôt tous ceux qui ne sont pas encore parvenus à l'âge adulte, aussi bien que tous descendants directs, il est remarquable que le terme d'*enfant*, introduit en langue anglaise lors d'une fameuse invasion de même époque, ait conservé jusqu'à aujourd'hui le sens qui était alors le sien. C'est ainsi que, jusqu'à l'âge de sept ans, les enfants scolarisés outre-manche forment toujours des *enfant classes*.

(24) Sinon de façon épiphénoménale. V. ainsi C. civ., art. 318-1 anc., al. 2 (rédict. L. 72-3 du 3 janv. 1972, abrog. ord. 2005-759 du 4 juill. 2005) qui établissait les sept ans de l'enfant en fin de non-recevoir de l'action en contestation de paternité intentée par la mère et son nouveau conjoint.

(25) CIC 1983, can. 97, § 2 : « *Le mineur avant l'âge de sept ans accomplis est appelé infans, et censé ne pouvoir se gouverner lui-même ; à l'âge de sept ans accomplis, il est présumé avoir l'âge de la raison* ». Le canon 1322 en déduit l'irresponsabilité pénale de l'*infans*.

(26) BGB, §§ 104 et 105, selon lesquels le contrat conclu par un enfant de moins de sept ans est privé de tout effet juridique. *Adde* §§ 828 et 829, qui excluent également avant cet âge le principe de la responsabilité civile délictuelle, tout en ouvrant au juge la liberté d'attribuer en équité une réparation exceptionnelle en fonction des circonstances ; après cet âge, l'inconscience est simplement présumée.

V. encore C. pén. suisse, art. 82, qui écarte les mineurs de sept ans de son champ d'application.

(27) Inst. Gaius, III, 109 et 208 ; Inst. Justinien, III, XIX, 10.

terme de cette nouvelle période d'inconscience⁽²⁸⁾. Les Glossateurs voulurent l'établir sur le tard à plus ou moins dix ans selon le sexe de l'enfant⁽²⁹⁾, et la règle parut valoir en France dans la pratique judiciaire de l'Ancien Régime⁽³⁰⁾. Ce n'est qu'à la Révolution que lui fut clairement substituée une appréciation subjective : quel que soit l'âge du mineur, il faudrait désormais constater, pour reconnaître sa responsabilité, que celui-ci a eu une conscience véritable de son acte⁽³¹⁾. Un temps, la loi pénale fixa encore la conscience criminelle de l'enfant à ses treize ans pour, en deçà, relever le juge de tout pouvoir d'appréciation⁽³²⁾ ; mais l'irresponsabilité légale du jeune auteur ne dura guère⁽³³⁾, et le droit pénal français finit par subordonner clairement l'obligation du mineur à son seul discernement, son âge ne commandant plus que la gradation de sa sanction⁽³⁴⁾. Par cette gradation, le droit pénal prend ainsi acte du caractère évolutif de la maturité infantile.

(28) Inconscience partielle néanmoins, puisque les impubères *infantiae proximi* pouvaient déjà, à condition d'être *sui juris*, contracter soit par l'entremise de leur tuteur, soit au seul effet de rendre leur condition meilleure (Inst. Gaius, III, 109 ; Inst. Justinien, II, XXI ; Dig., XXVI, VIII, 9).

(29) F. ACCURSE, *Pupillum*, sur Paul in Dig., L, XVII, 111 (cité par A. LAINGUI, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit*, th. Rennes, 1967, LGDJ, Bibl. hist. dr. et dr. rom., t. 17, 1970, p. 224, note 35).

C'est encore sous l'âge de dix ans que Saint Louis fixa l'impunité des blasphémateurs (ord. 1268, in F.-A. Isambert *et al.*, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. I, n° 216, p. 343).

(30) V. not. en ce sens, pour le droit pénal, B. PERRIN, « La minorité pénale en droit romain et dans les législations européennes antérieures au XIX^e siècle », in *Le problème de l'enfance délinquante – L'enfant devant la loi et la justice pénale*, dir. H. Donnedieu de Vabres et M. Ancel, Trav. et rech. Inst. dr. comp., t. IV, Sirey, 1947, pp. 11-94, spéc. pp. 68-80 ; A. LAINGUI, *op. cit.* (*supra*, note préc.), pp. 227-229.

(31) Au moins en matière pénale, le Code civil se contentant pour sa part de poser le principe de la responsabilité des parents pour tout fait dommageable causé par leurs enfants mineurs (art. 1384 orig., al. 2), sans rien préciser de la responsabilité personnelle de ces derniers, sinon qu'elle peut exister (art. 1310). Il n'empêche que, jusqu'à peu, la Cour de cassation subordonnait bien aussi la responsabilité civile de l'enfant à son discernement : v. par ex. 2^e civ., 6 juill. 1978, *Bull.*, II, n° 179 ; *RTD civ.* 1979, p. 387, obs. G. Durry ; 11 juin 1980, *Bull.*, II, n° 140 ; D. 1981, SC, p. 323, obs. Ch. Larroumet. Et comp. le revirement ultérieur, *infra*, *eod. num.*, note 37.

V. ainsi loi 25 sept. et 6 oct. 1791, 1^{re} part., tit. V, art. 1^{er} : « Lorsqu'un accusé, déclaré coupable par le jury, aura commis le crime pour lequel il est poursuivi avant l'âge de seize ans accomplis, les jurés décideront dans les formes ordinaires de leur délibération, la question suivante : Le coupable a-t-il commis le crime avec ou sans discernement ? » ; puis Code pénal du 12 févr. 1810, art. 66 orig. : « Lorsque l'accusé aura moins de seize ans, s'il est décidé qu'il a agi sans discernement, il sera acquitté », quoique disposant ensuite que ce mineur inconscient, et comme tel irresponsable, puisse tout de même être « conduit dans une maison de correction, pour y être élevé et détenu ».

(32) L. 22 juill. 1912, art. 1^{er} (et anc. C. pén., art. 66, modif.), selon lequel les mineurs de treize ans n'étaient plus justiciables que des tribunaux civils, qui pouvaient – et peuvent toujours (C. civ., art. 375 et s.) – prononcer contre eux des mesures éducatives. Comp. le seuil de quatorze ans encore retenu dans nombre de pays d'Europe, dont l'Allemagne (*StGB*, § 19), l'Autriche, l'Espagne (L. 12 janv. 2000, art. 1 (1)), et l'Italie (C. pén., art. 97) ; seuil relevé à quinze ans au Danemark et en Suède, et jusqu'à seize ans au Portugal (C. pén., art. 19), mais abaissé à douze ans aux Pays-Bas (*WvSr*, art. 77a), et même dix ans en Angleterre (*Crime and Disorder Act* 1998, sect. 34) et en Suisse (L. 20 juin 2003, art. 3, al. 1^{er}). V. sur ce point l'étude de législation comparée du Service des études juridiques du Sénat, n° 173, juin 2007, relative à la majorité pénale.

(33) Ord. 45-174 du 2 févr. 1945, art. 2, permettant au juge pénal de prononcer des mesures de sauvegarde contre tout mineur, quel que soit son âge. La Cour de cassation eut l'occasion d'affirmer que ces mesures supposaient encore d'établir que l'enfant « ait agi avec intelligence et volonté » (Crim., 13 déc. 1956, *Laboube* ; D. 1957, p. 349, note M. Patin ; *Les grands arrêts dr. pén. gén.*, par J. Pradel et A. Varinard, 7^e éd., Dalloz, 2009, n° 43). Et le Conseil constitutionnel de rappeler à son tour que « les dispositions originelles de l'ordonnance du 2 février 1945 n'écartaient pas la responsabilité pénale des mineurs » (déc. n° 2007-554 DC du 9 août 2007, § 24).

(34) C. pén., art. 122-8, al. 1^{er} (rédict. L. 2002-1138 du 9 sept. 2002) : « Les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables ». Il paraît donc dorénavant difficile de continuer à affirmer, comme on le lit pourtant parfois, que les mesures de sauvegarde
(suite p. suiv.)

Le seuil de treize ans est encore néanmoins systématiquement retenu par la loi lorsqu'il s'agit de modifier l'état civil de l'enfant et de recueillir alors son consentement⁽³⁵⁾; tandis que c'est à seize ans qu'on lui permettra parfois d'agir seul en cette matière⁽³⁶⁾. D'autres pays ont choisi de fixer à cette même adolescence le seuil de la conscience juridique afin d'y retarder la responsabilité civile du mineur⁽³⁷⁾.

prononcées par le juge pénal en application de cette disposition ne constitueraient que des sanctions de nature civile, n'impliquant aucune responsabilité pénale du mineur juridiquement conscient.

(35) C. civ., art. 21-11, al. 2 (rédict. L. 98-170 du 16 mars 1998), pour l'acquisition de la nationalité française ; art. 60, al. 2, et art. 61-2 (rédict. L. 93-22 du 8 janv. 1993), pour la modification du prénom ; art. 61-3, al. 1^{er} (L. 93-22 du 8 janv. 1993), et art. 311-23, al. 4 (rédict. ord. 2005-759 du 4 juill. 2005), pour la modification du nom de famille ; art. 345, al. 3 (rédict. L. 76-1179 du 22 déc. 1976), et art. 360, al. 3 (rédict. L. 93-22 du 8 janv. 1993), pour l'adoption ; art. 363 (rédict. L. 93-22 du 8 janv. 1993, modif. L. 2003-516 du 18 juin 2003), pour la modification du nom de famille résultant de l'adoption simple.

(36) V. not. C. civ., art. 17-3, al. 1^{er} (L. 93-933 du 22 juill. 1993), pour toute action relative à la nationalité. Rapp. art. 410 et 415 anc. (rédict. L. 98-381 du 14 mai 1998, abrog. L. 2007-308 du 5 mars 2007), d'où il s'évinçait peu ou prou que le mineur était réputé avoir à partir de seize ans le discernement requis pour convoquer le conseil de famille et y assister. La règle est dorénavant explicitement énoncée à l'article 1234 du Code de procédure civile (rédict. décr. 2008-1276 du 5 déc. 2008), qui dispose que la convocation est de droit lorsque la demande en est faite par un mineur âgé de seize ans ou plus.

(37) Treize ans par exemple en Pologne, mais quatorze ans en Autriche, aux Pays-Bas et en Russie, et quinze ans même au Danemark (d'après B. LEWASZKIEWICZ-PETRYKOWSKA, « Le discernement en tant que condition de la responsabilité civile délictuelle », in *De tous horizons – Mélanges Xavier Blanc-Jourvan*, SLC, 2005, pp. 623-636, spéc. p. 624). Quant au droit anglais, il ne requiert que le discernement de l'enfant (*Mullin vs. Richards*, 1998).

Comp. la solution retenue en France par la Cour de cassation, laquelle, plutôt que de subordonner comme en droit pénal la responsabilité de l'enfant au constat réalisé *in concreto* de sa conscience juridique, a préféré juger dans le silence de la loi que le mineur devait être reconnu civilement responsable sans aucune condition de discernement, l'*infans* dépourvu d'entendement étant désormais tenu de son fait au même titre qu'un adulte pleinement conscient. V. ainsi Ass. plén., 9 mai 1984, *Lemaire*, Bull., AP, n° 2 : « *faute* » de l'enfant de treize ans victime de son inconscience ; *Derguini*, Bull., AP, n° 3 : « *faute* » de l'enfant de cinq ans victime à son tour ; *Gabillet*, Bull., AP, n° 1 : « *responsable* » encore l'enfant de trente mois ! V. depuis, 2^e civ., 28 févr. 1996, Bull., II, n° 54, et 18 févr. 1997, Bull., II, n° 54, qui posent en principe que « *la faute d'un mineur peut être retenue à son encontre même s'il n'est pas capable de discerner les conséquences de son acte* » ; ou encore Crim., 14 juin 2005, pourvoi n° 04-85947, qui préfère faussement débattre du caractère causal de la faute civile d'un enfant de trois ans et demi plutôt que de remettre celle-ci en question. Il n'a apparemment pas heurté le sens des conseillers d'adopter ce faisant une solution à la sévérité vraisemblablement inédite en Occident depuis l'avènement de notre ère – chrétienne, faut-il le rappeler. V. not. en ce sens J.-L. GAZZANIGA, « Notes sur l'histoire de la faute », *Droits* n° 5, 1985, pp. 17-28, spéc. pp. 19-23 ; et A. LEFEBVRE-TEILLARD, « À propos de la responsabilité de l'enfant : pèlerinage aux sources romano-canoniques », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, pp. 631-645, spéc. p. 631, où l'auteur fait d'emblée part de son « *malaise* » à l'égard d'une solution « *qui va à l'encontre du principe rigoureusement contraire qui depuis des siècles dominait notre droit* ». Au pire, les autres pays n'ont-ils jamais admis qu'une obligation à contribution partielle sur fond d'équité : v. J. LIMPENS, R. M. KRUTHOF et A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, in *Encyclopaedia of Comparative Law*, vol. XI, *Torts*, dir. A. Tunc, chap. 2, *Liability for One's Own Act*, 1979, nos 206 à 213, pp. 97-99. La réparation, s'il est juste qu'elle soit, ressortit évidemment en de tels cas, et dans l'intérêt même des victimes – qu'elles soient tiers ou auteurs de leurs dommages – à la solidarité nationale et en aucune façon aux auteurs infortunés, non plus, pour la même raison, qu'aux assurés ou à des parents exagérément sollicités. V. sur ce point M.-C. LEBRETON, *L'enfant et la responsabilité civile*, th. Rouen, 1996, PUR, 1999, spéc. nos 277 à 281, pp. 325-328, et « La responsabilité parentale : l'abandon d'un système de responsabilité classique pour un système d'indemnisation », *RRJ* 2002, pp. 1269-1285, spéc. p. 1284. S'il s'était originairement agi d'arrêts de provocation, le législateur sera cette fois resté de marbre. Il était de toute façon peu probable qu'il condamne cette jurisprudence si peu de temps après avoir obligé à réparation les personnes mentalement aliénées (v. *infra*, n° 106, note 113). Au moins l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription remis au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005 aurait-il pu proposer de renoncer enfin à cette injustice ; au lieu de cela, il y est dit (rapp., p. 152) que le texte proposé « *précise que ce fait [illicite ou anormal] n'exige pas le discernement [pour fonder la responsabilité]* » (v. encore *ibid.*, note 16). Pour toute précision, la solution ne paraît en réalité pouvoir s'inférer que très indirectement de l'article 1351-1 et de l'article 1355, alinéa 2, *in fine*, de l'Avant-projet.

Où l'on voit en définitive que ce n'est pas seulement selon la nature des actes et la maturité de l'enfant que varie l'âge de l'inconscience juridique, mais aussi selon les domaines, les époques et les pays. Sur un tel constat de versatilité, on louera donc le prudent réalisme d'une solution consistant à confier le discernement de l'enfant à l'appréciation du juge, telle qu'admise pour principe en droit français. Par où l'on observe également que, au-delà de ces innombrables nuances, le critère tiré du discernement infantile est partout tenu pour incontournable⁽³⁸⁾. Et il en va particulièrement ainsi en matière contractuelle.

§ 2 – Le contrat conclu par l'*infans*

92. Nature et expédients – L'*infans* ne peut conclure seul aucun contrat (A), quoique le droit lui offre à cette fin quelques remèdes (B).

A - LA SANCTION CONTRACTUELLE DE L'INCONSCIENCE INFANTILE

93. Une inaptitude contractuelle – L'enfant encore dénué de conscience pour le droit est, comme tout autre mineur, juridiquement incapable ; il bénéficie donc déjà à ce seul titre du régime de représentation que lui ouvre le Code civil⁽³⁹⁾. Mais à la différence des mineurs plus âgés, l'*infans* ne manque pas simplement de discernement : il en est radicalement dépourvu. Son incapacité n'est donc pas seulement celle du Code, elle la dépasse, et s'impose par la force des faits plus que par l'ordre de la loi. C'est en ce sens que l'on a pu parler d'*incapacité naturelle*, plutôt que légale⁽⁴⁰⁾, ou d'*incapacité de fait*, plutôt que de droit⁽⁴¹⁾.

(38) À l'exception notable, encore une fois, du droit français de la responsabilité civile, tel que le conçoit du moins la Cour de cassation (v. *supra*, note préc.).

(39) V. *infra*, n° 96.

(40) En un temps du moins où l'on opposait encore historiquement le droit naturel au droit civil, tout en réservant une positivité supplétive au premier. V. par ex. R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, J. Debure, Paris, et V^{re} Rouzeau-Montaut, Orléans, 1774, t. I, n° 50, in *Œuvres de Pothier*, par J. Bugnet, t. II, Cosse et Marchal, Paris, 1848, p. 28 : « Il y a des personnes qui, étant par nature capables de contracter, en sont rendues incapables par la loi civile. » ; et la note de Bugnet : « Pothier indique dans cette phrase une distinction très importante : il y a des incapables de contracter parce qu'ils sont incapables de consentir, ou de vouloir avec discernement ; dans ce cas, la loi civile n'est point attributive d'incapacité ; [...] au contraire, il y a des incapacités qui sont l'œuvre de la loi ; alors il y a eu consentement, mais dans des vues d'utilité générale, ou par un système de protection spéciale, attendu l'inexpérience, propter levitatem animi, le législateur a introduit une incapacité relative, c'est-à-dire qui ne peut être invoquée que par la personne en faveur de laquelle elle a été établie » ; G. MASSÉ et Ch. VERGÉ, *Le Droit civil français par K.-S. Zachariae*, t. III, A. Durand, 1857, § 613, note 11, p. 554 : « Indépendamment de l'incapacité légale résultant de l'état de minorité, il y a une incapacité naturelle résultant de ce que celui qui contracte n'a pas l'âge de raison : un enfant qui ne peut pas contracter, en droit, comme mineur, ne peut pas contracter, en fait, comme n'étant susceptible d'une volonté raisonnée. » ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, 3^e éd., A. Marescq Aîné, 1878, t. XV, n° 454, pp. 511-512 : « Il y a des incapacités naturelles de contracter, elles empêchent tout consentement et se confondent, par conséquent, avec la première condition requise pour l'existence d'un contrat. L'enfant qui n'a pas atteint l'âge de raison ne peut ni stipuler ni promettre ; s'il le fait, son consentement n'est qu'apparent, parce qu'il n'y a pas de manifestation de volonté (suite p. suiv.) »

En réalité, et pour obvier à toute confusion avec le régime des incapacités, on préférera dire qu'il est simplement atteint, en fait comme en droit, d'une *inaptitude* à former le moindre engagement⁽⁴²⁾. À l'image de l'incapacité du mineur, cette inaptitude est elle aussi d'exercice, puisque l'*infans* n'est pas, rigoureusement, privé de son droit mais seulement contraint, pour l'exercer, de s'incarner dans la représentation assurée par un autre. À la différence toutefois de l'incapacité pour minorité, son inaptitude est aussi absolue, en ce que l'exercice de son droit est radicalement impossible sans le truchement de ce représentant⁽⁴³⁾. Là où l'enfant plus âgé, pourvu d'une conscience juridique, sera admis à agir seul, sous la protection de dispositions qui lui ouvriront la faculté de se délier⁽⁴⁴⁾, l'enfant en bas âge, juridiquement inconscient, reste pour cette raison absolument inapte.

94. Un contrat inexistant – Inapte à s'engager devant la loi, c'est vainement que l'*infans* exprimerait – ou, plus vraisemblablement, que l'on voudrait le voir exprimer – quelque velléité contractuelle. Le droit n'ignore certes pas sa volonté : il l'entend bien⁽⁴⁵⁾,

sans raison. » Pour LAROMBIÈRE, ainsi, « *Les incapacités naturelles sont celles qui résultent d'un défaut de discernement et d'intelligence, accidentel ou permanent.* » (*op. cit.* (*supra*, note 17), art. 1124, n° 10, p. 169). V. encore R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. II, A. Rousseau, 1923, n° 665, p. 381 : « *Les incapacités d'exercice, bien que la loi ne l'ait pas dit, sont de deux catégories distinctes : elles sont naturelles ou légales. L'incapacité naturelle suppose toujours un état psychologique particulier de l'agent : celui-ci ne se rendant pas compte de ce qu'il fait. C'est le cas de l'enfant en bas âge* » V. égal. les auteurs cités *infra*, n° 94, notes 48 et 49. On n'admettra plus aujourd'hui l'expression que pour signifier que l'inaptitude contractuelle particulière de l'*infans* trouve sa source au-delà de la seule incapacité organisée par le Code, et non pas pour prétendre que l'incapacité légale du mineur ne serait pas elle aussi naturelle. En ce sens, v. par ex. J.-M. PLAZY, *loc. cit.* (*supra*, note 16) ; F. BETAILLOLE-GONTHIER, *La capacité naturelle*, th. Bordeaux, 1999, n° 225.

(41) V. par ex. Th. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, F. Pichon, t. VI, 1894, n° 67, p. 98.

Quoique cette autre terminologie soit moins précise encore, d'une part parce qu'elle paraît reposer sur l'idée que l'incapacité ignorée de la loi le serait nécessairement aussi du droit, tout en lui reconnaissant pourtant des effets juridiques, et d'autre part parce que cette distinction revêt un autre sens dans les manuels de droit romain, où elle oppose l'incapacité légale d'exercice jointe à l'incapacité naturelle (« *incapacité de fait* ») et la perte de personnalité juridique considérée comme une incapacité de jouissance (« *incapacité de droit* »), cherchant probablement à souligner ainsi le caractère artificiel de cette dernière déchéance (v. P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd., par F. Senn, A. Rousseau, 1929, rééd. Dalloz, 2003, pp. 216-217 ; R. MONIER, *Manuel de droit romain*, t. I, 6^e éd., Domat Montchrestien, 1947, n° 225, p. 314 ; A. E. GIFFARD, *Précis de droit romain*, t. I, 4^e éd., Dalloz, 1951, pp. 267-268 ; adde J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, n° 172, p. 205).

(42) Pour réserver alors le terme d'*incapacité* à la restriction organisée par la loi. V. en ce sens C. civ. Québec, art. 1398, et sa lecture par S. GAUDET, « Inexistence, nullité et annulabilité du contrat : essai de synthèse », *McGill LJ*, vol. 40, 1995, pp. 291-363, spéc. p. 350 : « *Celui qui donne son consentement doit être, au moment où il l'exprime, « apte à s'obliger ». Cette aptitude à donner un consentement ne doit pas être confondue avec la capacité juridique. La capacité est une question de droit, l'aptitude à donner un consentement est une question de fait. Une personne peut donc ne pas être incapable en droit mais se trouver dans une situation où ses facultés intellectuelles sont perturbées au point de la rendre incapable, en fait, de donner un consentement. C'est afin d'éviter toute ambiguïté entre la capacité juridique et cette « capacité de fait » que le législateur québécois préfère, dans ce dernier cas, parler d'inaptitude à donner un consentement.* » Rappr. égal. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, 10^e éd., 2009, n° 94, p. 112-113. Sur l'inaptitude de la personne aliénée, v. *infra*, n° 105.

(43) Rappr. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, préc. (*supra*, note 17), p. 293 : « *après un certain âge d'incapacité absolue, on peut organiser une certaine période de demi-incapacité comme chez nous pour le mineur non infans* ».

(44) Pour violation des conditions requises à la conclusion des actes les plus graves (v. not. C. civ., art. 389-5 à 389-7, et art. 496 et s.), ou pour lésion s'agissant des autres conventions que la loi ou l'usage ne l'autorise pas à passer seul (art. 389-3, al. 1^{er}, art. 408, al. 1^{er}, et art. 1305).

(45) Puisqu'il voit en lui une personne. Sur ce rapport, v. *supra*, n° 21, *in medio*, spéc. note 44.

mais il ne la reçoit simplement pas comme engagement ; si bien que cette volition est, en tant que telle, juridiquement nulle plutôt qu'inexistante⁽⁴⁶⁾. Nulle par sa source plutôt que par son objet⁽⁴⁷⁾, insusceptible *ab ovo* d'emporter le moindre effet juridique, la volonté de l'*infans* ne peut former aucun contrat, de sorte que celui-ci demeurera, pour sa part, proprement inexistant⁽⁴⁸⁾.

Le pseudo-contrat que conclurait seul l'enfant en bas âge n'est donc pas seulement annulable, comme peut l'être l'engagement de l'enfant juridiquement conscient⁽⁴⁹⁾ :

(46) Pour la nullité de cette volition unilatérale, v. ainsi H. GROTIUS, *op. cit.* (*supra*, note 17), liv. II, chap. XI, § V, 1, p. 321 : « L'usage de la raison est requis en premier lieu : c'est pourquoi la promesse d'un furieux, d'un fou et d'un enfant en bas âge est nulle. Il faut décider autrement relativement aux mineurs ».

Au contraire, la volonté que l'on prétendrait manifestée par un être dépourvu de toute personnalité juridique pourrait bien exister en fait, le droit l'ignorera absolument comme n'émanant pas d'un de ses sujets. Cette volition-là sera bien juridiquement inexistante.

(47) Pour un autre exemple d'une volition nulle par sa source, v. *supra*, n° 30, *in limine*, à propos du parent qui exprimerait la volonté d'un enfant pas encore conçu.

(48) Alors qu'une volonté nulle par son objet, plutôt que par sa source, pourrait bien former un contrat, même nul, si elle rencontrait une autre volonté contractuelle symétriquement déclarée. Pour des exemples, v. *infra*, nos 149 et 167.

Pour l'inexistence de l'engagement de l'*infans*, v. par ex. Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français*, 1^{re} éd., t. I, F. Lagier, Strasbourg, 1839, § 37, p. 67 : « On doit par exemple, considérer comme inexistant[te], sous le premier point de vue, la convention conclue avec un enfant qui n'a point encore atteint l'âge de raison » ; et 4^e éd., t. IV, Marchal et Billard, Paris, 1871, § 343, 1^o, p. 289 : « Le consentement nécessaire à la formation d'une convention suppose, tout à la fois, de la part de celui qui le donne, et l'intention de s'obliger ou de lier quelqu'un envers lui, et un développement intellectuel suffisant pour se rendre compte des conséquences que doit entraîner son acquiescement. — Une convention conclue, soit avec une personne qui n'y a consenti que par plaisanterie, soit avec un enfant encore privé de discernement, est à considérer comme non avenue. » ; et encore G. MASSÉ et Ch. VERGÉ, *op. cit.* (*supra*, note 40), § 579, p. 470 : « un contrat formé, en apparence, avec un homme qui n'a pas atteint l'âge de discernement n'est pas un contrat. » ; E. COLMET DE SANTERRE in A.-M. Demante, *Cours analytique de Code civil*, 2^e éd., par Colmet de Santerre, t. V, Plon, 1883, n° 39 bis, p. 50 : « il est nécessaire de distinguer également à propos des mineurs, entre la convention faite par un mineur assez âgé pour avoir une volonté sérieuse, quoique insuffisante en droit, et celle émanée d'un enfant tellement jeune que sa volonté ne peut être d'aucun poids et que l'acte peut être traité comme manquant absolument du consentement d'une des parties. » ; Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, [4^e éd.], A. Durand et al., 1877, n° 80, p. 82 : « Il faudrait donc tenir pour inexistant le prétendu contrat qui aurait été conclu avec un enfant non encore parvenu à l'âge de raison. » ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. II, préc. (*supra*, note 40), n° 666, p. 382 : « Il faut considérer comme frappé d'une incapacité naturelle l'enfant en bas âge, celui qui est trop jeune pour se rendre compte de ce qu'il fait. Bien que la loi n'en parle pas, ce mineur n'a aucune capacité et les actes qu'il peut faire sont inexistantes. Il en est de même des faits juridiques qu'il accomplit ». Même si ces auteurs ne distinguent pas toujours très bien inexistence et nullité absolue. V. encore en ce sens J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, *Les personnes*, préc. (*supra*, note 17), n° 109, p. 201, et t. 2, *La famille, l'enfant, le couple*, préc. (*ibid.*), p. 132 : « L'enfant, dans cette phase de la minorité, ne peut s'obliger par un contrat. Il faudrait même dire rationnellement que le prétendu contrat passé par lui est inexistant [...] En envisageant surtout les premières années de l'infantia, il est clair que l'échange de gestes qui a pu avoir lieu n'est qu'un fait matériel, un acte inconscient : il n'y a pas de contrat juridiquement formé. » Adde : H. ADIDA-CANAC, « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », *Rapp. C. cass.* 2004, pp. 119-149, spéc. n° 23, p. 124.

(49) V. ainsi pour cette distinction, au sujet de l'enfant privé de discernement, V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 8^e éd., par P. Pont, t. IV, Delamotte, 1892, n° 397, p. 361 : « Il ne faut pas confondre l'incapacité purement légale, [...] avec l'incapacité naturelle de consentir [...] La capacité de contracter n'est exigée que pour la validité de la convention, non pour sa formation ; et son absence donne seulement lieu à une annulation qu'on ne peut demander que pendant dix ans, à partir de la cessation de l'incapacité. Au contraire, la capacité de consentir est forcément essentielle à l'existence même du contrat ; son absence produisant nécessairement absence de consentement et dès lors absence de convention » ; Ch. DEMOLOMBE, *op. cit.* (*supra*, note préc.), n° 79, p. 82 : « C'est qu'il s'agit, ici, d'une incapacité naturelle de consentir, qu'il ne faut pas confondre avec l'incapacité légale de contracter. — La première est exclusive de tout consentement ; et elle fait que le contrat, qui n'a pas pu se former, est inexistant ; — Tandis que la seconde, loin d'exclure la possibilité du consentement, en suppose, au contraire, plutôt l'existence, puisqu'elle a pour but d'éteindre, par une action en nullité, les obligations qu'il a fait naître (art. 1234, 1304). » ; L. LAROMBIÈRE, *op. cit.* (*supra*, note 17), art. 1124, n° 16, p. 176 : « Il ne s'agit même plus du défaut de capacité légale pour contracter, laquelle n'est exigée que pour la validité de la convention, mais bien du défaut de faculté
(suite p. suiv.)

jamais formé, il ne sera susceptible d'aucune exécution ni de confirmation⁽⁵⁰⁾, et l'action destinée à faire constater l'inexistence pourra être intentée par tout intéressé⁽⁵¹⁾. Il n'est pas non plus, strictement, nul de plein droit⁽⁵²⁾ : car pour qu'un contrat puisse être privé d'effet, même *ab initio*, il faut déjà qu'il existe, et que l'enfant ait donc pu le former.

Pratiquement, un mineur, même juridiquement incapable, pourrait conclure seul un contrat à condition de pouvoir en saisir les effets essentiels. Tout ce qu'il n'aura pas été en mesure de concevoir en raison de son jeune âge devra être réputé juridiquement inexistant, et l'engagement se borner alors à l'essentiel. Un enfant peut ainsi réaliser assez tôt ce que signifie céder la propriété de son bien contre une somme d'argent ; il mettra sans doute plus de temps à pouvoir mesurer toutes les garanties qu'il doit encore comme vendeur à son acquéreur. Partant, le jeune vendeur ne sera aucunement tenu des obligations qu'il n'aura pas comprises, tout en restant par ailleurs restituable, sur son option, pour cause de lésion. De façon générale, les accessoires inexistants resteront donc inopposables à l'enfant en l'absence même de lésion ou de volonté de s'en prévaloir ; et ils le demeureront réciproquement à l'égard de son cocontractant.

Juridiquement inconscient, l'*infans* ne pourrait pas non plus passer pour représentant : la volonté qu'il exprimerait au nom d'un autre, même d'un de ses parents, ne serait pas plus efficace que celle manifestée pour son propre compte⁽⁵³⁾. Il pourra certes bien délivrer un message, il ne fera jamais ce faisant que transmettre une volonté antérieurement déclarée ; il ne l'émettra pas : le message porté par sa voix vaudra comme celui porté par sa main⁽⁵⁴⁾.

pour consentir un engagement, ou mieux encore, d'intention de s'obliger, laquelle est essentielle pour l'existence même du contrat. Il s'ensuit que le contrat entaché d'un pareil vice d'incapacité n'est pas seulement soumis à une action de rescision ou de nullité, et qu'il est réputé inexistant. » ; C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, A. Rousseau, Paris, 1900, XLVI^e leçon, p. 637 : « s'il s'agit d'un mineur qui soit à l'âge où il n'a pas le discernement de ses actes, ce qui est une question de fait, il ne peut plus être question de nullité et d'annulabilité, mais d'inexistence du contrat. Nous ne sommes plus en présence d'un contrat annulable pour incapacité civile, mais d'un contrat absolument inexistant par suite d'incapacité naturelle ; c'est un fait sans valeur juridique. Voilà une de ces hypothèses où nous rencontrons une absence complète de consentement » ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, G. CHÉNEAUX et Ph. BONNECARRÈRE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, dir. G. Baudry-Lacantinerie, 3^e éd., L. Larose et L. Tenin, *Des personnes*, t. V, 1908, n° 794 ter, p. 777 : « On peut en effet distinguer deux sortes d'incapacités : l'incapacité naturelle, qui est exclusive de tout consentement et entraîne l'inexistence du contrat, par exemple celle d'un enfant qui n'a pas encore atteint l'âge de raison ; l'incapacité légale de contracter qui n'exclut pas la possibilité de contracter et qui n'engendre qu'une nullité relative. » Le Code libanais des obligations et des contrats en a consacré à son tour le principe à l'article 216 : « Les actes passés par une personne totalement dépourvue de discernement, sont inexistants (enfants, aliénés). — Les actes conclus par une personne incapable, mais douée de discernement, sont simplement annulables (mineur parvenu à l'âge de raison). »

(50) Pour une possible réitération cependant, v. *infra*, n° 97.

(51) Sur le régime général de cette action, v. *supra*, n° 13.

(52) Malgré l'assimilation des effets de l'inexistence à ceux de la nullité absolue (v. *supra*, *ibid.*).

(53) V. en ce sens R. MOREL, *Étude de quelques problèmes relatifs à la formation et à la force obligatoire des contrats*, Les Cours de droit, Droit civil approfondi, Paris, 1948-1949, p. 278 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Defrénois, 2009, n° 531, p. 281 : « À l'égard des tiers, le mandataire pourrait être un incapable, pourvu qu'il ait l'intelligence et la liberté de ses actes » ; B. TILLEMANS, *Le mandat*, Kluwer, Belgique, 1999, n° 90, p. 65 : « Le mandataire doit en revanche être capable en fait [...] — Les mineurs qui ne sont pas parvenus à l'âge de raison ne peuvent en conséquence être valablement désignés comme mandataires. »

(54) Alors que, passé ce premier âge, l'enfant mineur peut exprimer une volonté propre passant pour représenter celle d'un autre (C. civ., art. 1990). Comp. l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, art. 1120-2, al. 1^{er}, qui semble poser la solution contraire (v. égal. *infra*, n° 106, note 118).

(suite p. suiv.)

C'est dire que si le cocontractant pouvait douter que la volition transmise par l'*infans* correspondît exactement à celle initialement exprimée par son auteur, l'acceptation qu'il en donnerait ne formerait aucun contrat. Il faudrait, pour qu'il en soit autrement, que le destinataire ait pu légitimement croire que les mots de l'enfant fussent précisément ceux de l'offrant, ou que l'enfant en réalité inconscient ait toutefois pu sembler suffisamment âgé pour disposer d'un pouvoir de représentation : en ces deux cas, l'existence d'une offre apparente permettra à l'acceptant de forcer à la conclusion du contrat malgré la nullité de la volition infantile. L'engagement ainsi constitué du jeu de l'apparence ne le sera certes pas sur la tête du jeune intermédiaire, mais le mécanisme qui lui donne vie participe déjà des remèdes offerts à l'incapacité contractuelle de l'enfant juridiquement inconscient.

B - LES REMÈDES CONTRACTUELS À L'INCONSCIENCE INFANTILE

95. La conscience apparente – Inconscient, l'*infans* ne pourrait pas plus, en droit, accepter une offre que l'émettre. Mais il pourrait passer pour suffisamment discernant aux yeux de celui qui se sera cru destinataire de son offre : en ce cas, la croyance légitime de l'acceptant lui permettra, en vertu de la théorie de l'apparence, d'imposer l'existence du contrat au jeune pollicitant encore dépourvu de conscience, comme il pourrait l'imposer à celui qui n'aurait même exprimé aucune volonté. Seul importera à cet égard que l'acceptant puisse faire valoir l'invincibilité de l'apparence ou, plus simplement, la légitimité de son ignorance⁽⁵⁵⁾.

Le contrat ainsi formé sur la tête de l'*infans*, celui-ci jouira cependant, comme tout mineur, du régime de protection que lui confère son incapacité : lui ou son représentant pourront demander la rescision de l'acte lésionnaire (C. civ., art. 1305), et la nullité sera même de droit⁽⁵⁶⁾ pour les actes les plus graves (art. 389-5 à 389-7 ; art. 408 et 496 et s.). Car, puissante à couvrir la nullité intrinsèque de l'offre, la croyance de l'acceptant⁽⁵⁷⁾ n'emporte plus aucun effet quant à la protection encore accordée à la volition une fois celle-ci reçue⁽⁵⁸⁾.

Pour la distinction entre le messenger, qui est transporteur, et le mandataire, qui est représentant, v. par ex. J. VALÉRY, *Des contrats par correspondance*, Thorin et fils, Paris, 1895, n^{os} 32 à 34, pp. 33-37 ; M. DURMA, *La notification de la volonté*, th. Paris, 1930, n^{os} 316 à 318, pp. 346-351 ; R. MOREL, cours préc. (*supra*, note préc.), pp. 283-284. V. déjà, en droit romain, la différence marquée entre le *nuntius* et le *procurator* (Inst. Gaius, III, 136 ; Dig., II, XIV, 2, et XIII, v, 14 et 15). Le messenger devient représentant lorsque son intervention n'est plus seulement matérielle mais intellectuelle, qu'il est fait appel à son appréciation personnelle, portée par l'autonomie de sa volonté.

(55) Il ne serait en revanche d'aucune conséquence que, à l'inverse, l'auteur de l'offre ait cru son jeune destinataire suffisamment âgé pour pouvoir émettre une acceptation juridiquement efficace : la théorie de l'apparence ne permet d'outrepasser que l'inexistence ou l'inefficacité de la pollicitation. Pour l'étude générale de la théorie de l'apparence appliquée à l'absence d'offre, v. *infra*, n^o 229 et s.

(56) En ce sens que la nullité relative pourra alors être excipée sans condition de lésion.

(57) Celui-ci pourrait en effet ignorer jusqu'à la minorité de son cocontractant s'il recevait, par exemple, l'offre d'un intermédiaire qui prétendrait contracter au nom d'un pollicitant dont il aurait caché le jeune âge.

(58) La théorie de l'apparence, qui a pour fonction d'assurer une sécurité dynamique des échanges juridiques, (*suite p. suiv.*)

96. La représentation de l'*infans* – L'enfant qui, trop jeune pour contracter, n'agirait qu'en vain pour le droit, trouvera néanmoins un succédané dans le pouvoir de représentation légale conféré aux titulaires de l'autorité parentale ou au tuteur. Chargés de représenter le mineur dans le monde juridique, ceux-ci disposeront du même pouvoir que l'enfant soit déjà conscient ou encore dépourvu de discernement : dans tous les cas, ils pourront agir en son nom et former ainsi un contrat sur sa tête⁽⁵⁹⁾. Car, même inconscient, l'enfant dispose de la personnalité juridique⁽⁶⁰⁾.

Régime de protection pour les mineurs susceptibles de s'engager seuls, cette représentation n'a plus guère pour fonction, à l'égard de l'enfant inconscient, que de lui permettre de jouir, même de façon encore limitée, de sa qualité de sujet de droit : la représentation ne protège pas celui qui, insusceptible de s'engager seul, ne courrait de toute façon aucun risque⁽⁶¹⁾. Si quelques dispositions de ce régime de représentation protègent l'enfant en bas âge, ce ne sera en réalité, et pour l'essentiel, que contre son propre représentant, au travers des conditions supplémentaires imposées à la conclusion des actes les plus graves⁽⁶²⁾.

L'*infans* pourra ainsi conclure, par le biais de son représentant, tous les actes de la vie civile. Quand bien même les conditions de la représentation n'auraient-elles pas été pleinement respectées par l'administrateur légal ou le tuteur, l'engagement ainsi formé sur la tête de l'enfant ne serait encore que soumis à une simple annulabilité, c'est-à-dire valable à défaut d'action du titulaire ou de son représentant⁽⁶³⁾.

97. Le report de la formation – Le remède n'est plus ici qu'expédient : il s'agit pour l'enfant devenu juridiquement discernant, ou pour son représentant, de refaire ce qui a été une fois voulu, mais trop tôt, par celui qui n'était encore qu'inconscient.

L'acceptation que l'*infans* aurait pu vouloir donner à une offre de contrat n'en aura formé aucun⁽⁶⁴⁾. Dénuée de tout effet juridique, elle n'aura donc pas eu non plus celui d'éteindre l'offre par réalisation de son objet. La proposition demeurant, le mineur qui l'aurait depuis comprise, sinon son représentant légal, pourra encore l'accepter dans son

n'a pas pour vocation d'aller jusqu'à ruiner à cette fin les règles garantissant l'intégrité du consentement : pour être virtuelle, la volonté doit encore pouvoir être virtuellement intègre. Raison pour laquelle l'apparence ne joue aucun rôle en matière d'incapacité et, plus largement, de vice du consentement. Sur cette limite, v. égal. *infra*, n° 118, spéc. note 67.

(59) Encore que leur domaine d'intervention, tel que circonscrit par le premier alinéa des articles 389-3 et 408 du Code civil, se réduira nécessairement à raison de l'âge du mineur, à mesure que la loi (v. not. C. civ., art. 1308) ou l'usage l'autorisera à agir seul.

(60) Sur l'acquisition de cette personnalité, v. *supra*, n°s 23 et 42.

(61) Sauf la croyance légitime du tiers acceptant, *supra*, n° 95.

(62) Selon le régime de représentation et les actes en cause : consentement conjoint des deux administrateurs légaux, autorisation du juge des tutelles ou autorisation du conseil de famille (C. civ., art. 389-5 à 389-7, et art. 496 et s.).

(63) Même les actes inconditionnellement prohibés (not. les aliénations à titre gratuit) ne sont jamais sanctionnés que d'une simple nullité relative : faute pour l'enfant devenu majeur de se prévaloir de cette nullité potentielle, le consentement donné se verra donc confirmé et l'acte définitivement entériné.

(64) V. *supra*, n° 94.

délai de validité. En cette hypothèse, le contrat se formera donc au jour de cette seconde acceptation, première en droit, sous réserve de l'annulabilité éventuelle de l'engagement ainsi conclu⁽⁶⁵⁾.

L'*infans* aurait également pu vouloir, à l'inverse, se faire pollicitant : son offre étant demeurée sans effet juridique, l'acceptation donnée par celui qui avait connaissance de cet état d'inconscience ne formerait aucun contrat⁽⁶⁶⁾. Et il va ainsi quand bien même l'offrant aurait-il entre-temps acquis quelque discernement : le simple silence de l'enfant ou de son représentant ne permet pas de préjuger de la réfection d'une offre jusqu'alors nulle pour inconscience⁽⁶⁷⁾. Mais on pourra à la rigueur admettre en ce cas de requalifier l'acceptation ainsi retournée en une offre de contracter adressée à l'enfant devenu conscient, ou à son représentant. Certes, vouloir accepter n'est pas vouloir proposer⁽⁶⁸⁾, mais il paraît légitime de présumer que celui qui a voulu former le contrat au jour de son acceptation puisse indifféremment vouloir passer pour pollicitant de cette même convention, tant du moins que rien ne s'en trouve modifié. Il est donc possible, sur ce fondement, d'opérer une conversion de l'acceptation en offre de contracter aux mêmes conditions, avec, par conséquent, effet rétroactif au jour de cette nouvelle pollicitation⁽⁶⁹⁾. De sorte que l'enfant devenu conscient, ou son représentant légal, pourra accepter cette nouvelle offre, dans un délai raisonnable⁽⁷⁰⁾, pour former rétroactivement le contrat au jour de l'émission de celle-ci⁽⁷¹⁾, et sous la même réserve de la nullité relative éventuelle du consentement ainsi exprimé⁽⁷²⁾.

Conditions de la conclusion du contrat par l'enfant en bas âge, ces remèdes à l'inexistence trouvent en réalité à s'appliquer plus largement à toute forme d'inconscience juridique. Il en va dès lors ainsi de l'inconscience infantile comme de l'aliénation mentale.

(65) Soit que l'enfant ait personnellement agi à fin d'accepter un acte lésionnaire que la loi ou l'usage ne lui permettait pas de constituer seul (C. civ., art. 389-3, al. 1^{er}, art. 408, al. 1^{er}, et art. 1305), soit que son représentant ait retourné l'offre en méconnaissance des conditions renforcées de représentation (art. 389-5 à 389-7, et art. 496 et s.).

(66) Dans le cas contraire, la croyance légitime de l'acceptant lui permet de forcer à l'existence d'un contrat sur la tête de l'*infans* (v. *supra*, n° 95).

(67) Comp. lorsque la volition aura été émise par un représentant, *supra*, n° 30.

(68) Ne serait-ce que parce que seul l'offrant consent, sauf stipulation contraire, à abandonner à la discrétion de l'autre partie, et dans une certaine mesure, le choix de la date de formation du contrat.

(69) Tant du moins que cette rétroactivité peut raisonnablement s'envisager : s'il est aisé, par exemple, de porter le transfert juridique de la propriété d'un bien à une date antérieure à celle de la vente, il paraît plus difficile de procéder à la même anticipation pour la jouissance matérielle résultant d'un contrat de bail. Si cette rétroactivité paraît improbable, on ne la présumera pas, et l'on ne convertira pas en offre l'acceptation du destinataire. En ce cas donc, le contrat demeurera irrémédiablement inexistant.

On ne peut pas se contenter de subordonner l'acceptation à une ratification ultérieure par l'enfant ou son représentant, car ce serait admettre que l'offre initiale de l'*infans* fut suffisamment efficace pour permettre de former un contrat sous condition suspensive de sa ratification. Or, sa volition est bien, en droit, dépourvue de tout effet (v. *supra*, n° 94). Pour d'autres cas de conversion de l'acceptation en offre, mais cette fois pour inefficacité initiale de la seule acceptation, v. *supra*, n° 77, spéc. note 491, et *infra*, n° 228, *in fine*, spéc. note 825.

(70) À défaut, par hypothèse, de tout délai de validité stipulé dans l'acceptation ainsi requalifiée.

(71) Alors qu'il n'était de ce point de vue aucune raison de faire rétroagir la seconde acceptation donnée par l'enfant ou son représentant à l'offre initiale du tiers (v. *supra*, *eod. num.*).

(72) V. *supra*, *eod. num.*, spéc. note 65.

SECTION II

L'ALIÉNATION MENTALE

98. Définition – Sortie des limbes de l'enfance, la conscience peut encore se perdre dans l'aliénation mentale⁽⁷³⁾. Est mentalement aliénée la personne dont le discernement est à ce point altéré par un trouble mental qu'il en est radicalement aboli⁽⁷⁴⁾ : elle devient étrangère à elle-même et aux autres⁽⁷⁵⁾. Pour cette raison, la personne aliénée sera bien en effet privée de conscience pour le droit (§ 1), de sorte que son prétendu contrat resterait dénué de toute existence juridique (§ 2).

§ 1 – La personne privée de conscience

99. Sujétion – De la nature infiniment variable de l'aliénation mentale (A) dépend la portée de celle-ci sur l'état de conscience de la personne affectée (B).

(73) Sur l'analogie classiquement entretenue entre démence et prime enfance, v. ULPIN in Dig., XLVII, x, 3, *pr.* et 1, repris in Décr. Gratien, XV, quest. I, c. 2 ; PAUL, *Sentences*, V, IV, 2 ; MODESTIN, in Dig., XLVIII, VIII, 12.

(74) Il y a cette différence de degré entre *alius* et *alter* que le premier est autre comme radicalement étranger, voire hostile, alors que le second est simplement différent, autre au sein d'un même groupe. Sur cette distinction, se sont formés *alienare*, pour abandonner, perdre, et *alterare*, pour modifier, puis dégrader. D'où *alienus* : qui n'appartient plus à soi.

Le terme d'*alienatio mentis*, connu dès le premier siècle avant notre ère pour désigner toute forme de folie, fut pour la première fois transcrit en français avec les œuvres d'ORESME (trad. vers 1370), avant de devenir bien plus tard *aliénation mentale* chez PINEL (*Traité médico-philosophique sur l'aliénation mentale ou la manie*, Richard, Caille et Ravier, Paris, 1801, p. 135 : « *c'est un terme heureux que celui d'aliénation mentale, pour exprimer dans toute leur latitude les diverses lésions de l'entendement* »), lequel en imposera l'emploi dans la langue institutionnelle en même temps qu'il généralisera celui d'*aliéné* en lieu d'*insensé*, de *dément* ou de *fol naturel*, accompagnant ainsi par cette évolution lexicale celle consistant à élever le pauvre hère d'alors à la dignité de malade. Les profondes mutations qui ont depuis bouleversé la science psychiatrique ont à leur tour imposé un renouvellement des termes en usage, délaissés avec les théories qui les ont usés, si bien que la médecine ne parle plus aujourd'hui d'*aliénation mentale* mais plus vaguement de *maladie mentale* (v. ainsi arr. 4 févr. 1958 relatif à l'organisation du travail thérapeutique dans les hôpitaux psychiatriques, art. 2, JO 14 févr. 1958, p. 1646 : « *Le terme d'« aliéné » est, dans les différents articles du règlement intérieur type des hôpitaux psychiatriques, remplacé par les termes [sic] de « malade »* »). Il reste que la science – médicale et juridique – distinguant toujours l'altération du discernement de son abolition radicale (v. par ex. C. pén., art. 122-1), on continuera à opposer, au sein de la terminologie nouvelle, le simple trouble à la stricte aliénation mentale.

Sur le rapport présomptif entretenu en droit entre trouble mental simple et aliénation mentale véritable, v. not. *infra*, nos 103 et 101, *in fine*.

(75) Sur ce double isolement, v. M. FOUCAULT, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Gallimard, NRF, 1972 : « *Quand on parlera maintenant d'un homme fou, on désigne celui qui a quitté la terre de sa vérité immédiate, et qui s'est lui-même perdu.* » (p. 400) ; « *le voilà maintenant retenu en sa propre vérité et par là même éloigné d'elle. Étranger par rapport à soi, Aliéné.* » (p. 535). Mais aussi : « *Aliénation : ce mot, ici au moins, voudrait n'être par tout à fait métaphorique. Il cherche en tout cas à désigner ce mouvement par lequel la déraison a cessé d'être expérience dans l'aventure de toute raison humaine, et par lequel elle s'est trouvée contournée comme enclose en une quasi-objectivité. [...] Elle est mise à distance ; – à une distance qui n'est pas seulement symbolisée mais réellement assurée à la surface de l'espace social par la clôture des maisons d'internement.* » (p. 118). L'histoire de la folie est ainsi « *une histoire des limites – de ces gestes obscurs, nécessairement oubliés dès qu'accomplis, par lesquels une culture rejette quelque chose qui sera pour elle l'Extérieur* » (*id. auct.*, *Folie et déraison – Histoire de la folie à l'âge classique*, th. lettres, Paris, Plon, 1961, préf., p. III).

A - LA NATURE DE L'ALIÉNATION MENTALE

100. L'aliénation pathologique – L'aliénation mentale est pathologique lorsqu'elle résulte d'un état psychique ou physique durablement anormal. Au premier rang de ces causes d'aliénation sont les maladies mentales que constituent les psychoses et le retard mental.

Les premières se sont fait très tôt remarquer : sous leurs expressions paroxystiques, ce sont elles déjà que la loi des XII Tables visait en organisant l'interdiction du *furiosus*⁽⁷⁶⁾. Constatant plus tard que la *furor* n'est souvent que l'épisode violent d'un état plus constant de déraison, le droit romain étendit son interdiction à toute forme de *dementia*, tout en conservant le principe d'une incapacité variant en fonction du trouble effectivement souffert par le *demens* à l'instant de son acte. Dès lors, déments et forcenés, fols naturels et fols furieux, seront unis à travers les siècles dans une même affliction médicale et juridique⁽⁷⁷⁾. La science psychiatrique la désigne aujourd'hui sous le terme générique de psychose, laquelle se définit comme un trouble psychologique d'une gravité suffisante pour perturber chez celui qui en souffre la perception de la réalité, et qui se distingue en cela de la simple névrose. On considérera donc en particulier comme susceptibles de tendre à une véritable aliénation mentale la psychose maniaco-dépressive, le délire paranoïaque et, plus encore, les différentes formes de schizophrénie, dont l'autisme⁽⁷⁸⁾.

Il semble que le droit romain n'ait jamais nettement distingué au sein de l'*insania* entre l'aliénation du *demens* et celle de tout autre *mente captus*⁽⁷⁹⁾. Ce n'est qu'au Moyen Âge que l'on fit un cas du faible d'esprit pour lui appliquer, considérant la constance de son trouble,

(76) XII Tables, V, 7 a.

(77) Pour le cas de fureur non pathologique cependant, v. *infra*, n° 101.

(78) Quant aux troubles impulsifs ou compulsifs demeurant au stade de la simple névrose (e.g. mythomanie, kleptomanie, pyromanie, ... ou autres troubles obsessionnels du comportement), ils n'affectent pas l'état de conscience du malade mais l'existence de la volonté elle-même (sur ce double rapport de la volition, v. ainsi C. pén., art. 122-1, qui s'organise autour des conséquences pour l'auteur des faits du « trouble psychologique ou neuropsychique [sur] son discernement ou le contrôle de ses actes »). Or ces troubles névrotiques ne sont jamais jugés tels que la volonté de l'auteur conscient par ailleurs, pour être diminuée, soit totalement abolie. Sur l'affaiblissement de la volonté plutôt que de la conscience, v. *infra*, n° 154, spéc. note 349.

(79) Selon certains, la nuance qu'observait le latin entre *dementia* et *amentia* aurait répondu à cette distinction : le *de-mens* aurait été celui dont la raison avait disparu, tandis que l'*a-mens* n'en aurait jamais été pourvu (pour cette sémiologie, v. ainsi W. D. FRÖHLICH, *Wörterbuch zur Psychologie [Dictionnaire de la psychologie]*, DTV, Munich, 1997, trad. I. Blind *et al.*, dir. E. Jalley, 2^e éd., LGF, 2001, v° Amentia). Mais d'autres sources indiquent que cette variation préfixale avait plutôt pour fonction de distinguer le malade dont la raison était simplement altérée et celui qui l'avait totalement aliénée (v. not. *Dictionnaire historique de la langue française*, dir. A. Rey, 3^e éd., Le Robert, 2000, v° Dément ; rapp. E. RENIER, « Observations sur la terminologie de l'aliénation mentale », *RID Antiquité*, 1950, *Mélanges Fernand de Visser*, t. V, pp. 429-455, qui oppose à ce titre *furor* et *dementia*). De fait, le sens originnaire de la nuance reste incertain car, très tôt, la langue latine a pris l'un et l'autre de ces termes pour synonymes. De même est-il impossible pour cette raison d'affirmer que les termes d'*insanus* et de *mente captus* ne concernaient que les individus souffrant de retard mental à l'exclusion des autres aliénés. V. ainsi L. BOURDON, *De la condition civile des aliénés en droit romain – Des incapacités civiles résultant de l'aliénation mentale en droit français*, th. Paris, 1881, p. 12, pour qui ces termes « sont à peu près synonymes » ; de même que pour SEMELAIGUE, *De la capacité des personnes atteintes d'aliénation mentale en droit romain*, th. Paris, 1895, pp. 8-11.

le régime d'incapacité continue jusqu'alors ouvert au seul prodigue⁽⁸⁰⁾. Consacrant le principe de l'interdiction permanente de toute personne aliénée, les codificateurs y associent alors les individus atteints d'un important retard mental⁽⁸¹⁾. Or, dans son état le plus sévère, le trouble né de l'arriération mentale confine bien lui aussi à l'aliénation radicale de l'entendement⁽⁸²⁾.

Ces affections psychiques trouvent elles-mêmes parfois une origine dans des désordres de nature physique⁽⁸³⁾, lorsque ceux-ci ne constituent pas l'unique cause de l'aliénation : une malformation, une dégénérescence⁽⁸⁴⁾ ou une infection cérébrale⁽⁸⁵⁾, une affection neurologique⁽⁸⁶⁾, une fièvre infectieuse ou un traumatisme crânien sont en effet autant de sources de perte pour la conscience⁽⁸⁷⁾. Mais hors ces hypothèses, la plupart des atteintes physiques, maladies ou infirmités, n'affectent pas l'état de conscience du malade, quand bien même justifieraient-elles par ailleurs l'ouverture d'un régime d'incapacité (C. civ., art. 425, al. 1^{er}).

Il ne s'agit pas pour autant de prétendre que ces maux entraîneront systématiquement l'aliénation radicale de celui qu'ils affectent ; s'ils permettent de faire la preuve du trouble

(80) V. not. S. LANNES, *La condition des majeurs incapables dans l'ancien droit*, th. Paris, 1964, pp. 15-21. Adde J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *op. cit.* (*supra*, note 41), n° 198, 2°, p. 137.

(81) C. civ., art. 489 orig. : « Le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, doit être interdit, même lorsque cet état présente des intervalles lucides. » La disposition visait par « imbecillité » le retard mental porté à son plus haut degré, c'est-à-dire au-delà de la seule faiblesse d'esprit qui, selon l'article 499 d'alors, autorisait le juge à nommer un conseil judiciaire (v. J. D. L. TARRIBLE, discours Corps lég., 8 germ. an XI, in P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. X, p. 731 et s., spéc. p. 740, art. 489 et 499, et J.-G. Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. VII, p. 378 et s., spéc. n° 4, pp. 389-390). On distingue aujourd'hui encore le retard moyen que constitue l'imbécillité de la simple débilité, plus légère (rapp. art. 499 orig.), et de l'idiotie, ou arriération *stricto sensu*, qui constitue la forme la plus grave de retard mental. Quant au *crétinisme*, il vise un handicap mental et physique qui trouve sa cause dans une insuffisante sécrétion thyroïdienne.

(82) À ce niveau en effet, « les acquisitions [des sujets] ne dépassent pas celles de la toute première enfance. » (A. BRACONNIER, in *Dictionnaire de psychologie*, dir. R. Doron et F. Parot, PUF, Quadrige, 2004, v° Arriération). Mais contrairement à l'immatrité infantile, il est possible de parler ici de véritable *aliénation*, considérant qu'un retard mental de cette gravité prive bien celui qui en souffre de l'état de conscience qui devrait être le sien.

(83) Le retard mental, par exemple, peut ainsi s'expliquer par une anomalie chromosomique, une malformation cérébrale congénitale, un trouble traumatique ou infectieux du développement anténatal, périnatal ou infantile, etc.

(84) Au moins lorsque celle-ci est pathologique (e.g. encéphalopathies hépatique, hémorragique, spongiforme, etc., maladie d'Alzheimer, tumeur, ...). Or, il semble bien à cet égard que la sénilité qui accompagne parfois la sénescence ne constitue pas un état physiologique normal mais résulte d'une aggravation pathologique de la dégénérescence naturelle (en ce sens, v. *Grand dictionnaire de la psychologie*, dir. H. Bloch et al., Larousse, 1999, v° Sénilité). Le grand âge n'emporte donc aucune présomption de trouble mental, et moins encore d'aliénation.

(85) E.g. méningites, encéphalites, ...

(86) Liée par exemple à un accident vasculaire cérébral, une assuétude toxicologique (spéc. *delirium tremens* au cas de sevrage alcoolique) ou une épilepsie (crise temporelle).

(87) La perte de conscience peut même être subite au cas d'évanouissement, mais ce n'est plus alors seulement la conscience qui fait défaut : c'est la volonté elle-même. Quoique l'hypothèse, si elle peut intéresser le droit de la responsabilité (v. par ex. 2^e civ., 4 févr. 1981, *Bull.*, II, n° 21 ; *Defrénois* 1981, art. 32733, n° 88, p. 1243, obs. J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1982, p. 148, obs. G. Durry ; *D.* 1983, p. 1, note P. Gaudrat, qui juge l'article 489-2 du Code civil (art. 414-3 nouv.) inapplicable à celui qui, atteint d'un malaise cardiaque, tombe inconscient et emporte une victime dans sa chute), paraît assez étrangère à la formation du contrat.

mental du contractant, ils ne suffiront pas toujours à constituer au-delà celle de son aliénation, tant il est vrai qu'il y a plus à établir dans l'abolition totale que dans la simple altération de l'état de conscience. Mais au moins y trouvera-t-on une juste raison de s'interroger⁽⁸⁸⁾.

101. L'aliénation physiologique – L'aliénation mentale est physiologique lorsqu'elle correspond au comportement cérébral normal d'une personne médicalement saine, soit que celle-ci réponde à un cycle endogène, soit qu'elle oppose un comportement naturel à une stimulation exogène.

La première hypothèse réside dans le sommeil : en s'endormant, on s'aliène un temps, abandonnant toute raison pour se clore dans un monde intérieur. La personne endormie est, par définition même, proprement inconsciente. Elle peut être active pourtant, marchant parfois, parlant plus souvent encore. Il est ainsi possible de mener avec une personne en état de sommeil une conversation suffisante pour provoquer chez elle l'acceptation machinale de l'offre qu'on lui aurait soumise, ou de répondre encore inversement à la proposition qu'elle nous aurait incidemment adressée. Mais cette volonté-là, on le voit bien, n'est pas consciente ; les psychanalystes diront qu'elle est précisément celle de l'inconscience.

Cette perte de lucidité peut aussi, même dans une moindre mesure, résulter de suggestions ou de substances hypnotiques. Toute intoxication psychotrope⁽⁸⁹⁾ est d'ailleurs susceptible d'emporter un état de trouble mental, lequel confinerait bien parfois à l'aliénation pure et simple.

Entre causes intérieures et extérieures, à la frontière de soi et du monde, il est enfin pour la conscience une dernière source de trouble, mais première entre toutes, au point ultime de faire parfois perdre toute raison : l'émotion. Le débord n'est jamais loin lorsque cette autre affection nous envahit. Bien sûr, la vie apprend à la maîtriser si bien qu'elle ne poindra bientôt plus qu'à peine. Mais que l'émotion, pour quelque cause, se fasse nouvelle ou d'une intensité jusqu'alors inconnue, et celui qui la subit pourrait bien ne plus répondre de soi. Tous les sentiments sont à cet égard redoutables : la raison peut aussi bien se perdre dans une tristesse accablante, une peur panique, une honte confuse, une joie euphorique ou un amour fou, que dans une haine aveugle ou une colère furieuse⁽⁹⁰⁾. Le crime passionnel a toujours suscité l'indulgence des juges⁽⁹¹⁾ précisément pour cette raison que, submergé par

(88) Sur l'intérêt juridique de cette interrogation pour la formation du contrat, v. *infra*, n^{os} 105 et 106.

(89) *E.g.* ivresse éthylique, usage de stupéfiants, médicamenteux ou non, intoxication alimentaire, inoculation venimeuse, etc.

(90) Si ces sentiments peuvent obnubiler la clairvoyance d'une volonté implacable, ils peuvent aussi, à l'inverse, affaiblir une volonté demeurant parfaitement lucide. Sur cette autre hypothèse, v. *infra*, n^o 154, spéc. note 349.

(91) Il y a peu encore, il n'était pas rare en effet que les jurés acquittent purement et simplement les maris trompés ou fiancées séduites aux cœurs et aux mains en sang. V. ainsi V. VANNEAU, *L'amour aux assises – Histoire du crime passionnel devant la Cour d'assises de la Seine à la fin du 19^e siècle*, mém. Paris II, 2001, pp. 82-87, qui, à cette dernière page, dénombre dix-sept acquittements pour dix-neuf condamnations prononcées pour crime passionnel par cette juridiction de 1890 à 1900. Or, juridiquement, la seule voie pour ce faire était

(suite p. suiv.)

un même torrent d'amour, de haine et de colère, l'auteur épris n'est plus tout à fait lui-même : il est *bors de lui*. Le savait bien le sage et le poète : *Ira furor brevis est*⁽⁹²⁾.

Ces causes n'aboliront pas toujours, loin s'en faut, tout discernement⁽⁹³⁾ : on présumera ici encore le simple trouble plutôt que l'aliénation véritable. Mais aussi vrai qu'au bout du désordre règne le chaos, le trouble conduit à l'aliénation. Celle-ci établie dans sa nature, c'est alors de sa portée qu'il faudra discuter.

B - LA PORTÉE DE L'ALIÉNATION MENTALE

102. Portée matérielle de l'aliénation – Selon la nature du trouble, la conscience peut s'aliéner en tout ou partie. Bien souvent en effet, l'affection ne portera que sur certains points de l'entendement : envahi par l'émotion, le discernement résistera là où le flot ne commandera pas ; aliénée pour l'objet de son délire, la personne souffrant de psychose ne le sera pas forcément en d'autres matières ; altérant une partie du cerveau plutôt qu'une autre, l'affection n'atteindra pas les mêmes mécanismes psychiques ni les mêmes champs de connaissance. De cette façon encore, si l'acte juridique le plus simple peut être à portée de conscience d'une personne atteinte d'arriération mentale, le plus compliqué risque fort de n'être pas même entendu par celle-ci. C'est dire que l'état de conscience d'une seule personne pourrait simultanément être tout à fait aboli en un domaine, simplement altéré en un autre, et parfaitement intègre par ailleurs⁽⁹⁴⁾.

103. Portée temporelle de l'aliénation – Le discernement peut encore être aboli de façon permanente, temporaire ou épisodique. Si l'arriération mentale, l'autisme, une malformation, une dégénérescence ou un accident vasculaire cérébral infligent une altération permanente⁽⁹⁵⁾ – sinon définitive – de la conscience, une infection, une intoxication, une assuétude toxicologique, l'hypnose, le sommeil ou l'émotion constituent des causes d'aliénation temporaire⁽⁹⁶⁾. Quant à l'épilepsie et la plupart des formes de psychose, leur effet aliénant est de caractère épisodique⁽⁹⁷⁾. Toute aliénation

de considérer que le désespoir de l'auteur avait suffisamment obscurci sa raison pour l'abolir tout à fait (anc. C. pén., art. 64 ; nouv. C. pén., art. 122-1, al. 1^{er}). De nos jours, l'indulgence des juges s'exprimera plus souvent par le biais de la seule réduction de peine « *en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur* » (C. pén., art. 132-24 ; rapp. déjà anc. C. pén., art. 463).

(92) HORACE, *Épîtres*, I, II, 62.

(93) Sauf peut-être le sommeil, dont l'emprise, une fois établie, ne paraît pas connaître de demi-mesures.

(94) Sur cette variabilité matérielle de l'aliénation, v. par ex. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, préc. (*supra*, note 17), p. 292 : « *Le droit privé ou public [...] devrait reconnaître dans ces cas des aptitudes à certains actes et non à d'autres.* », et p. 294 : « *Si le cerveau s'affaiblit, ce sont les facultés supérieures qui disparaissent les premières ; et alors la volonté ne doit pas être reconnue, d'abord lorsqu'il s'agit d'opérations juridiques où l'habitude ne doit pas jouer le plus grand rôle.* »

(95) C'est-à-dire continue et dont il n'est pas sûr qu'elle ne dure pas toujours.

(96) C'est-à-dire celles dont il est certain qu'elles ne dureront pas.

(97) C'est-à-dire plus ou moins discontinu et dont il n'est pas sûr ici encore qu'il ne dure pas toujours.

physiologique est donc temporaire par essence, sous peine de devenir pathologique ; car les aliénations pathologiques, sauf de nature infectieuse, sont permanentes ou épisodiques.

Fait juridique, l'existence de l'aliénation au moment de l'acte critiqué se prouve par tous moyens et son constat est abandonné à l'appréciation souveraine des juges du fond ; mais il résulte de la portée temporelle variable du trouble que, selon la nature de celui-ci, sa preuve sera plus ou moins facile à administrer. Le seul fait d'établir l'existence d'une aliénation de caractère permanent à une date antérieure à celle de la volition discutée permettra ainsi aux juges de la réputer encore persistante au jour de l'acte. Que la nature de cette aliénation soit de plus précoce, sinon congénitale, et plus aucune question probatoire ne se posera quant à son effet temporel⁽⁹⁸⁾. À l'opposé, se prévaloir d'une abolition essentiellement temporaire du discernement nécessitera de prouver en outre que celle-ci développait précisément son emprise au moment de l'acte. Quant au trouble épisodique, il s'agira, eu égard notamment à la fréquence de celui-ci, de rendre au moins vraisemblable sa survenance à cet instant, sauf pour l'autre partie à établir alors l'existence d'un intervalle lucide⁽⁹⁹⁾. Mais en toutes hypothèses, les présomptions seront ici librement édifiées par le juge (C. civ., art. 1353)⁽¹⁰⁰⁾.

Pour être infiniment diverses dans leur nature et dans leur portée, toutes ces formes d'aliénation mentale répondront toutefois à un même régime juridique lorsqu'elles viendront à s'immiscer dans la formation du contrat.

§ 2 – Le contrat conclu par la personne aliénée

104. Mal et remèdes – Privant le contractant de sa conscience, l'aliénation mentale exclut, là où elle étend son empire, la formation de tout contrat (A). Mais, aussi bien que pour l'inconscience infantile, le droit n'est pas à court de remèdes pour surmonter l'obstacle (B).

(98) Une malformation cérébrale, l'autisme ou l'arriération mentale dispenseront ainsi celui qui les rapporte d'établir en outre que ces affections existaient au jour dit.

(99) Pour cette distribution de la charge de la preuve, v. par ex. Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français*, 4^e éd., préc. (*supra*, note 48), t. IV, 1871, § 127, 2^o, p. 524, et t. VII, 1875, § 648, 1^o, p. 15 ; R. SAVATIER et J. SAVATIER, *Traité pratique de droit civil français*, dir. G. Ripert, 2^e éd., LGDJ, t. I, *Les personnes*, 1952, n^o 725, pp. 779-780. D. NOGUÉRO, *L'incidence de la maladie sur l'acte juridique*, th. Paris II, 2000, n^{os} 90 à 97, pp. 102-113 ; D. FENOUILLET, in *J.-Cl. Civ.*, Art. 488 à 514, fasc. 11, « Majeurs protégés [...] - Actes juridiques consentis par un malade mental », 2003, n^o 52, p. 13. Telle est bien la solution retenue par la Cour de cassation : Civ., 1^{re} sect., 26 mai 1964, *Bull.*, I, n^o 275 ; *Gaz. Pal.* 1964, II, p. 293 ; 1^{re} civ., 11 juin 1980, *Bull.*, I, n^o 184 ; D. 1981, SC, p. 91, obs. D. Martin.

(100) V. par ex., en ce sens, 1^{re} civ., 2 déc. 1992, *Bull.*, I, n^o 299 ; *PA* 30 juin 1993, n^o 78, p. 41, note J. Massip, et *Defrénois* 1993, art. 35572, n^o 52, p. 725, même obs. ; D. 1993, p. 409, note F. Boulanger.

A - LA SANCTION CONTRACTUELLE DE L'ALIÉNATION MENTALE

105. Une inaptitude contractuelle – Celui qui souffre d'un trouble mental assez important pour altérer son discernement est de plein droit soumis à une *incapacité naturelle*, ou *incapacité de fait*⁽¹⁰¹⁾ : il est protégé en tant que tel⁽¹⁰²⁾ hors même des trois régimes d'incapacité organisés par le Code civil⁽¹⁰³⁾. On parlera en ce cas, et par préférence, d'*inaptitude*⁽¹⁰⁴⁾. Lorsque le trouble se fait aliénation, cette inaptitude, jusqu'alors relative, devient absolue : là où l'« incapable naturel » pouvait encore contracter seul, sous le bénéfice de règles visant à assurer sa protection, la personne rendue absolument inapte pour cause d'aliénation mentale ne pourra plus former sans concours aucun acte juridique.

Sur cette distinction primordiale des personnes affaiblies en fonction de la gravité de leur trouble, le droit pourra encore dispenser un régime de protection objectif et organisé ; à l'inaptitude naturelle, s'ajoutera alors une incapacité légale, ou civile. Il s'agit bien d'un cumul, et non d'une substitution : il sera ainsi possible au contractant sous tutelle, sous curatelle ou sous sauvegarde de justice de faire encore valoir la réalité de son trouble mental afin d'obtenir la rémission de son engagement⁽¹⁰⁵⁾ là où le régime de protection légale ne le

(101) Non pas, pour le premier terme, que cet état de trouble soit naturel (au contraire de l'incapacité dite naturelle de l'*infans*, *supra*, n° 93, spéc. note 40), mais parce qu'il est naturel de considérer comme incapable pour le droit la personne atteinte d'un tel trouble. Quant au second terme, sa critique a déjà été faite (v. *supra*, n° 93, note 41).

En ce sens, sans toujours distinguer cependant le simple trouble de l'aliénation véritable, v. par ex. L. LAROMBIÈRE, *op. cit.* (*supra*, note 17), art. 1124, n° 12, p. 172 : « *En dehors de tout état d'interdiction, le fou, l'insensé est absolument et naturellement incapable de contracter* » ; et n° 14, p. 174 : « *Le délire momentané de l'ivresse, de la maladie, de la colère, lorsqu'il va jusqu'à enlever l'usage de la raison, peut créer une incapacité naturelle, comme l'état habituel de démence.* » ; H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 1^{re} éd., A. Pedone, 1898, p. 215, et la note ; puis 5^e éd., 1929, n° 260, p. 305, et n° 276, p. 319 : « *Si donc cette manifestation de volonté fait défaut, soit parce que la personne a agi dans un accès d'aliénation mentale, soit parce qu'elle était trop jeune pour comprendre ce qu'elle faisait, l'acte ne peut naître ; il n'existe pas aux yeux de la loi.* » ; et encore n° 283, p. 330 : « *En pure théorie, il n'est pas douteux que l'acte passé par une personne dont la raison est égarée par la maladie au moment où elle agit, est inexistant, parce que la démence est destructive de la volonté.* » ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. II, préc. (*supra*, note 40), n° 667, p. 382 : « *Parmi les majeurs, il faut considérer comme frappés d'une incapacité naturelle d'exercice ceux qui au moment d'un acte juridique ou même d'un fait juridique se sont trouvés privés de leurs facultés mentales. Le bon sens impose en général cette solution.* » ; L. JOSSERAND, *op. cit.* (*supra*, note 17), n° 522, p. 308 : « *L'aliéné est frappé d'une incapacité naturelle tellement générale et tellement absolue qu'elle ne saurait guère être comparée qu'à celle de l'enfant ; comme celui-ci, et davantage même, il est dépourvu de discernement ; il n'a pas de volonté réfléchie, ses actes émanent, à vrai dire, d'une force étrangère (aliena) dont il est le jouet.* ». Et opérant cette distinction, v. R. SALEILLES, « Rapport préliminaire sur les questions relatives à la gestion des biens et à la capacité civile des aliénés », *Bull. Soc. études lég.* t. III, 1904, pp. 262-305, spéc. pp. 276-279.

Pour la reconnaissance de l'insanité d'esprit comme « *cas d'incapacité naturelle* », v. not. Civ., 1^{re} sect., 25 juin 1957, *Silvia*, *Bull.*, I, n° 298 ; *Rev. crit. DIP* 1957, p. 680, note H. Batiffol ; *Les grands arrêts dr. int. privé*, par B. Ancel et Y. Lequette, 5^e éd., Dalloz, 2006, n° 29 ; et déjà Req., 26 déc. 1934, *S.* 1935, I, p. 54 ; *JDI* 1936, p. 166, note J. Perroud.

(102) Sur le régime de cette protection, v. *infra*, n° 106.

(103) À comprendre la sauvegarde de justice comme une incapacité. La loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs a de toute façon levé l'ambiguïté, puisque toutes constituent désormais des *mesures de protection juridique*. Quant à la mesure d'accompagnement judiciaire introduite dans le Code par la loi nouvelle, elle ne constitue pas une mesure de protection juridique, et moins encore une incapacité, ainsi que le précisent d'ailleurs les articles 495-1 et 495-3.

(104) Sur cette proposition terminologique, en remplacement du terme d'*incapacité naturelle* ou d'*incapacité de fait*, v. déjà *supra*, n° 93.

(105) V. ainsi C. civ., art. 414-2, al. 2, 2° et 3°. Et en jurisprudence, v. récemment 1^{re} civ., 20 oct. 2010, pourvoi n° 09-13635, *Bull.*, I ; *D.* 2011, p. 50, note G. Raoul-Cormeil ; *RTD civ.* 2011, p. 103, obs. J. Hauser ; (suite p. suiv.)

lui permettrait pas, faute notamment de pouvoir rapporter le caractère lésionnaire de l'acte, d'avoir méconnu les conditions d'assistance ou de représentation, ou d'avoir pu convaincre le juge de prononcer une nullité dont l'opportunité serait abandonnée à son appréciation⁽¹⁰⁶⁾. La personne civilement incapable pourrait ainsi se prévaloir, outre son incapacité, et plus encore que de la seule inaptitude relative née de son trouble, de l'inaptitude absolue infligée par son aliénation mentale. Si l'ouverture d'un régime d'incapacité légale octroie une protection objective à son bénéficiaire, l'exonérant de l'obligation de rapporter l'existence de son mal⁽¹⁰⁷⁾, elle n'a pas en effet vocation à le priver du jeu du droit commun et à lui interdire ce faisant de dépasser la sanction de sa seule incapacité.

106. Un contrat inexistant – La volition de la personne mentalement aliénée est, aussi bien que celle de l'enfant en bas âge⁽¹⁰⁸⁾, privée à sa source de tout effet juridique. Exprimée sous l'empire de l'aliénation mentale, son offre ou son acceptation serait parfaitement nulle ; et l'offre émise alors que le pollicitant était encore sain ou simplement troublé deviendrait caduque si celui-ci perdait toute lucidité avant acceptation du tiers destinataire. En toute hypothèse donc, le contrat prétendument conclu par une personne privée de conscience par aliénation mentale demeurerait juridiquement inexistant⁽¹⁰⁹⁾.

RDC 2011, p. 407, obs. E. Savaux, et p. 519, obs. Ph. Brun : « attendu que l'autorisation donnée par le juge des tutelles de vendre la résidence d'un majeur protégé ne fait pas obstacle à l'action en annulation, pour insanité d'esprit, de l'acte passé par celui-ci ».

(106) V. not. C. civ., art. 435, pour la sauvegarde de justice, et art. 464 et 465, pour la curatelle et la tutelle. Sur cette articulation des régimes, v. D. FENOUILLET, art. préc. (*supra*, note 99), n° 43, p. 11.

(107) On a pu affirmer pour cette raison que l'ouverture d'un régime d'incapacité faisait présumer l'existence du trouble au moment de l'acte, et ce de façon irréfragable, puisque interdisant toute preuve contraire. Mais, d'une part, l'altération des facultés personnelles qui fonde la protection de la loi peut aussi bien être corporelle que mentale (C. civ., art. 425, al. 1^{er}), d'autre part, même fondée sur une altération mentale, l'incapacité légale ne permettrait toujours pas de présumer cette altération au jour de l'acte puisque l'on exigera encore de la personne civilement incapable qu'elle fasse la preuve de son inaptitude naturelle si elle venait à se prévaloir de celle-ci plutôt que de celle-là (art. 414-1).

(108) V. *supra*, n° 94, spéc. note 46.

(109) En ce sens, malgré parfois une certaine imprécision conceptuelle, v. par ex., A.-M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, 3^e éd., par E. Colmet de Santerre, t. I, Plon, 1895, n° 267 bis. I, p. 381 ; V. MARCADÉ, *loc. cit.* (*supra*, note 49) ; Ch. DEMOLOMBE, *loc. cit.* (*supra*, note 48) : « il est palpable qu'il n'y aurait pas lieu de faire briser dans un certain délai un contrat qui n'existe pas. Ainsi, qu'un jeune enfant, un fou, un homme ivre au point de n'avoir plus sa raison, un malade en délire, signe un acte de vente, il est clair qu'il n'y a rien de fait » ; F. LAURENT, *loc. cit.* (*supra*, note 40) : « L'homme qui est privé de l'usage de sa raison par une maladie mentale, ne peut pas consentir, parce qu'il ne peut pas vouloir ; le consentement, partant le contrat où il interviendrait ne serait pas un contrat. » ; et n° 464, p. 533 : « Dans notre opinion, le contrat est inexistant lorsque les parties contractantes ne sont pas en état de consentir. Nous laissons de côté les enfants qui ne sont pas encore arrivés à l'âge de raison ; restent les aliénés et les personnes qui se trouvent dans un état d'ivresse tel, qu'elles n'ont plus l'usage de leurs facultés intellectuelles. Il y a, dans ces cas, plus qu'une incapacité de s'obliger, il y a impossibilité de consentir ; il n'y a donc pas de consentement, partant pas de contrat. » ; E. LEDOUX, *De la démence de fait et de ses conséquences juridiques*, th. Poitiers, 1908, pp. 92 et 98-99 ; L. JOSSERAND, *op. cit.* (*supra*, note 17), n° 523, 2^o, p. 308 : « L'acte juridique passé par un dément est frappé d'une inefficacité intégrale, sans restriction aucune ; ce n'est pas assez de dire qu'il est nul, puisque la volonté, pivot de tout acte de ce genre, a fait complètement défaut ; on doit le considérer comme inexistant. » V. encore M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 9^e éd., LGDJ, t. I, 1922, n° 348, pp. 132-133 : « L'acte juridique étant, par définition, un acte volontairement accompli en vue d'obtenir des effets de droit, si cette volonté n'existe pas, l'acte lui-même n'existe pas non plus. L'absence complète du consentement est donc un premier cas d'inexistence véritable pour les actes juridiques. Tel serait le billet signé par un enfant en bas âge ou par une personne en état de folie. L'art. 146 exprime en des termes excellents, à propos du mariage, cet effet de l'absence du consentement : « Il n'y a pas de mariage, (suite p. suiv.) »

Par où l'on voit que l'aliénation véritable ne se confond pas avec le simple trouble, lequel n'ouvre jamais qu'une action en nullité relative de l'engagement pris sous son empire (C. civ., art. 414-1 et 414-2)⁽¹¹⁰⁾. La distinction semble bien à l'œuvre en matière de mariage, où l'on reconnaît que, si le consentement simplement troublé ouvre, par application du

lorsqu'il n'y a pas de consentement. » ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol, LGDJ*, t. II, 1957, n° 132, pp. 57-58 : « *Si l'intelligence fait défaut, si une personne n'a pas conscience de ce qu'elle va décider, il est clair qu'il ne peut y avoir de consentement. Ainsi en est-il pour la personne qui est en état d'ivresse complète ou pour la personne qui n'est pas physiquement capable d'avoir et d'exprimer une volonté.* » ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil – Les obligations*, 2^e éd., t. 1, *Les sources*, Sirey, 1988, n° 102, p. 93 : « *La volonté de contracter est d'abord une opération intellectuelle ; elle implique la conscience des éléments de l'opération envisagée et l'intention de réaliser celle-ci en concluant le contrat. – Le contrat ne se formera donc que si chacune des parties avait les facultés intellectuelles nécessaires pour comprendre et vouloir et les a exercées effectivement et correctement en faisant un acte de volonté. – 1) Il faut d'abord que la personne qui contracte soit physiquement en mesure de former une volonté réelle. Il est évident qu'un enfant en bas âge, un infans dans la terminologie romaine, ou un aliéné en dehors des intervalles lucides, sont dans l'impossibilité matérielle d'avoir une volonté véritable. Il en est de même d'une personne en état d'ivresse ou d'hypnose. Le contrat suppose une volonté consciente et celle-ci ne peut émaner que d'une personne pouvant se rendre compte de la portée de son acte.* » ; H. ADIDA-CANAC, art. préc. (*supra*, note 48), n°s 20 et 23, pp. 123-124.

(110) De même que la sanction de l'incapacité radicale du contractant mentalement aliéné dépasse d'aussi loin celle de toute incapacité légale. V. ainsi, sans distinguer toutefois selon l'importance du trouble, L. LAROMBIÈRE, *loc. cit.* (*supra*, note 49) ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. II, préc. (*supra*, note 40), n° 694, p. 419 : « *Lorsqu'un acte a été passé par une personne incapable naturellement il est inexistant. L'acte de l'enfant, de l'aliéné est sans effet. S'il y a une incapacité légale, il résulte de l'article 1125 que l'acte de l'incapable est nul de nullité relative.* » V. égal., distinguant mieux selon l'importance du trouble, R. SALEILLES, rapp. préc. (*supra*, note 101), p. 277 : « *il n'est pas douteux que l'action en nullité pour incapacité appartient à tout individu qui s'est trouvé au moment de l'acte dans un état d'incapacité naturelle, alors même qu'il n'aurait pas été interdit. En d'autres termes, tout individu a le droit d'établir qu'il était en état de démence lorsqu'il a contracté, sans que l'action qu'il exerce à ce sujet soit une action fondée sur le défaut de consentement.* » ; R. JAPIOT, *op. cit.* (*supra*, note 17), pp. 191-192, qui relève, pour en inférer une variation des régimes de l'anéantissement, qu'« *à côté du défaut absolu de volonté il y a des consentements plus ou moins diminués par la démence.* » ; Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, publ. R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, 2^e éd., A. Rousseau, t. VIII, *Les contrats et les obligations*, collab. G. Lagarde, 1936, n° 96, pp. 68-69 : « *L'offre ou l'acceptation faite par un enfant inconscient, par un homme en état de démence, de délire, d'ivresse complète, ne saurait lier, parce qu'alors il n'y a pas de consentement. Il n'y a que l'apparence, la forme d'un consentement ; l'élément intellectuel fait défaut. – Le contrat passé de la sorte serait nul non pour cause d'incapacité légale, comme on le dit souvent, mais pour absence de consentement. Il ne faut pas confondre le défaut d'aptitude physique à consentir, ou, comme on dit parfois, l'incapacité naturelle de consentir, qui est exclusive du consentement, avec l'incapacité légale de contracter, qui suppose la capacité naturelle.* »

Sur ce double surpassement, v. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, *Les personnes*, préc. (*supra*, note 17), n° 151, p. 311 : « *L'acte passé sous l'empire d'un trouble mental est nul d'une nullité que l'a. 489 décrit comme relative. Toutefois, s'il y avait eu abolition totale de la volonté, ne faudrait-il pas admettre la nullité absolue, voire, plus crûment, l'inexistence, quand bien même le malade se trouverait sous un régime d'incapacité appelant la nullité relative ? L'inexistence ferait exploser la nullité inhérente à la tutelle* » ainsi, donc, que celle inhérente au simple trouble mental.

Les juges du fond ont ainsi pu sanctionner de nullité absolue voire d'inexistence le contrat conclu sous l'empire d'un trouble confinant à l'absence totale de consentement. V. par ex. CA Toulouse, 21 janv. 1885, *DP* 1886, II, p. 73, note E. Glasson ; CA Bastia, 8 févr. 1888, *S.* 1889, II, p. 177 ; CA Paris, 14 déc. 1999, *D.* 2000, IR, p. 37. Comp. Soc., 2 juill. 2008, pourvoi n° 07-40942, qui approuve une cour d'appel d'avoir, au visa de l'article 489 du Code civil (art. 414-1 nouv.), autorisé un salarié à rétracter une démission donnée dans « *état dépressif et psychotique de nature à altérer son consentement* ». Pour la confusion cep., v. l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, qui réintègre la disposition de l'article 489 du Code civil (art. 414-1 nouv.) sous une sous-section intitulée « *De l'existence du consentement* » pour affirmer ensuite, art. 1109-2 proj., que « *L'absence de consentement entache la convention de nullité relative.* » Le rapport joint ne fait du reste aucun mystère de l'une des raisons de ce choix : « *il met fin aux incertitudes et discussions sur une éventuelle résurgence de la notion d'inexistence du contrat* » (p. 20). Rapp. en même sens C. cass. Belgique, 21 oct. 1971, *Pas.* 1972, I, p. 174 ; RCJB 1972, p. 415, note F. Rigaux : « *le défaut de consentement ne rend pas la convention inexistante, mais seulement nulle ; [...] cette nullité, qui ne protège que des intérêts privés, est relative.* »

droit commun, une action en annulation à l'époux mentalement diminué (art. 414-1)⁽¹¹¹⁾, l'absence totale de consentement constitue pour sa part une véritable cause d'inexistence de l'union (art. 146)⁽¹¹²⁾. Elle l'est également en droit pénal, qui dissocie nettement la simple altération du discernement, valant circonstance atténuante de peine (C. pén., art. 132-24), de son abolition radicale, qui seule constitue une cause d'irresponsabilité absolue (art. 122-1)⁽¹¹³⁾.

(111) Il n'est en effet aucune raison de ne pas appliquer au mariage la disposition générale de l'article 414-1 du Code civil (art. 489 anc.). Non seulement la liberté matrimoniale n'y fait pas obstacle, mais elle impose la solution : seule la nullité relative permet d'assurer pleinement la protection de la volonté de l'époux. L'application exclusive de l'article 146 conduirait, soit à refuser sa sanction au simple trouble mental et à interdire dès lors à l'époux psychiquement affaibli de se dégager d'une union imparfaitement voulue, soit, à l'inverse, à sanctionner tout trouble mental d'une nullité absolue et, ce faisant, à menacer encore la liberté matrimoniale de l'action des tiers (v. ainsi, sanctionnant de nullité absolue le mariage contracté sous l'empire d'une « *déficience mentale moyenne* », Nancy, 7 juill. 1998, *Juris-Data* n° 055474). Envisageant l'application de l'ancien article 489 au mariage, v. D. FENOUILLET, in *J.-Cl. Civ.*, Art. 488 à 514, fasc. 13, « Majeurs protégés – La condition extrapatrimoniale du malade mental non placé sous régime de protection », 2003, n° 104, pp. 29-30.

(112) Pour l'application de l'article 146 du Code civil au cas d'aliénation mentale, v. par ex. 1^{re} civ., 28 mai 1980, *Bull.*, I, n° 159 ; *JCP* 1981, II, 19552, note G. Raymond ; *RTD civ.* 1981, p. 1240, obs. R. Nerson, pour une démence sénile ; ou encore plus récemment 4 mai 2011, pourvoi n° 09-68983.

Si la sanction de l'article 146 se trouve, depuis la loi du 19 février 1933, dans la nullité absolue des articles 184 et 187, il ne faut y voir que l'assimilation des effets de l'inexistence à ceux de cette nullité (sur cette assimilation, v. *supra*, n° 13). Car, pour ce qui est de la cause de l'anéantissement, la disposition ne pourrait mieux caractériser l'inexistence : « *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement.* »

Pour cette articulation des articles 146 et 489 (414-1 nouv.) du Code civil, v. ainsi O. SIMON, « La nullité des actes juridiques pour trouble mental », *RTD civ.* 1974, pp. 707-738, spéc. p. 733. Comp. J.-J. LEMOULAND, *L'intégrité du consentement au mariage*, th. Toulouse, 1984, qui, tout en excluant l'application de l'ancien article 489 au mariage (n° 373, pp. 311-312), trouve néanmoins dans l'article 180, alinéa 1^{er}, un fondement suffisant pour ouvrir une action en nullité relative au cas de simple altération du discernement (nos 450 à 452, pp. 370-372, spéc. n° 452, p. 372) : « *Dans ces situations [de troubles mentaux] extrêmes, le sacrifice du conjoint pouvait parfois choquer [avant que la nullité ne soit reconnue comme absolue par la loi du 19 février 1933]. Mais dans la mesure où la nullité relative n'est appliquée qu'aux hypothèses intermédiaires, il paraît au contraire plus judicieux de ne laisser l'action en nullité qu'à la disposition de l'époux dont le consentement a été altéré par l'atteinte portée à la liberté de son intelligence. Si l'absence de consentement nécessite effectivement une protection du mariage en tant que tel, la simple atteinte à la liberté de l'intelligence n'exige la protection que de l'époux concerné, et la nullité relative a vocation à l'assurer.* »

(113) Mais elle ne l'est plus du tout pour la responsabilité civile, qui oblige indifféremment toute personne (v. déjà pour l'infans, *supra*, n° 91, spéc. note 37), même celle « *qui a causé un dommage à autrui sous l'empire d'un trouble mental* » (C. civ., art. 414-3, rédact. L. 2007-308 du 5 mars 2007, d'après art. 489-2 anc., rédact. L. 68-5 du 3 janv. 1968), et même semble-t-il lorsque le trouble se fait aliénation radicale (v. par ex. 2^e civ., 2 avril 1979, *Bull.*, II, n° 111 ; D. 1980, p. 37, note Ch. Larroumet ; Versailles, 28 oct. 1988, *Juris-Data* n° 045636 ; Rennes, 4 juin 1991, *Juris-Data* n° 048063). La rigueur d'une telle obligation est loin ici encore d'être partagée : la plupart des droits étrangers consacrent un principe de non-imputabilité du préjudice à l'auteur en état d'inconscience (v. ainsi BGB, § 827 ; C. civ. italien, art. 2046 ; C. civ. polonais, art. 425, al. 1^{er} ; ou pour le droit anglais, *Morris v. Marsden*, 1957), tout en permettant parfois au juge de l'obliger exceptionnellement à une contribution équitable et partielle (BGB, § 829 ; C. civ. italien, art. 2047, al. 2 ; C. oblig. suisse, art. 54, al. 1^{er} ; C. civ. polonais, art. 428), mieux fondée alors sur un devoir d'assistance que sur une logique de responsabilité. Au moins le projet initial de l'ancien article 489-2 octroyait-il au juge ce même pouvoir d'appréciation afin de lui permettre de modérer la contribution de l'auteur privé de discernement (v. déjà en ce sens Commission française d'études de l'union législative entre les nations alliées et amies, *Projet de code des obligations et des contrats [commun à la France et à l'Italie]*, 1927, Impr. nat., Paris, 1929, art. 76 ; C. civ. belge, art. 1386 *bis*, rédact. L. 16 avril 1935). Le maître-rédacteur, qui avait introduit cette limitation à un principe de réparation commandé par le gouvernement d'alors, n'a pas manqué de fustiger à cet égard l'amputation opérée par les parlementaires, estimant notamment que, par cet amendement, « *la vieille idée que la folie est un malheur reçoit un démenti d'une brutalité inutile.* » (J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, *Les personnes*, préc. (*supra*, note 17), n° 150, p. 308). Mais au vrai, le principe lui-même était déjà discutable : si l'on pouvait jusqu'alors expliquer par la théorie du risque le report de sa charge sur celui qui a accepté de l'assumer, on ne peut plus expliquer ce transport vers celui qui n'a rien choisi ; rien ne justifie en ce cas « *que le poids du sort soit ainsi transféré de la victime que le destin a choisie sur un autre.* » (Y. FLOUR, « Faute et responsabilité civile : déclin ou

(suite p. suiv.)

Le trouble mental pourrait donc justifier d'anéantir encore le contrat conclu sous son effet si l'action était intentée par un tiers, après acquisition de la prescription quinquennale de l'article 1304 du Code civil (C. civ., art. 414-2, dern. al.)⁽¹¹⁴⁾, et même après confirmation par le contractant diminué du consentement mal donné : il faudrait établir que, plus que d'avoir altéré le discernement de ce contractant, le trouble l'a en réalité totalement aboli. Et que l'on ne craigne pas quelque insécurité juridique : il sera bien plus compliqué pour le tiers ou les années passant de faire la preuve de l'aliénation véritable que celle du simple trouble mental, et toute action introduite après le décès du contractant devra en outre répondre aux restrictions de l'article 414-2 du même Code⁽¹¹⁵⁾.

Il en résulte que le contrat pourrait être inexistant pour partie, là où le trouble aurait dissous toute conscience, et valoir néanmoins pour le reste⁽¹¹⁶⁾. Et le produit de cette réduction contractuelle pourrait être lui-même soumis à l'action en nullité relative de l'article 414-1 du Code civil si le même trouble avait encore altéré, mais altéré seulement, la qualité du consentement ainsi exprimé.

renaissance ? », *Droits* n° 5, 1987, pp. 29-43, spéc. p. 29). Si l'on admet par exemple, et à l'évidence, que n'est pas responsable le porteur d'un virus qui l'aurait transmis avant d'avoir pu connaître son infection, comment pourrait l'être le malade qui, mentalement aliéné, n'a pas plus eu conscience de faire le mal ? Au fond, la disposition est emprunte d'un certain cynisme : il s'agit de faire peser sur les plus misérables les insuffisances d'un système juridique incapable de proposer aux victimes d'autres modes de réparation. De ce point de vue, une solution reposant sur une assurance obligatoire imposée aux personnes souffrant de maladie mentale n'est pas plus juste, d'abord parce qu'elle postule toujours leur responsabilité là où il s'agit précisément de la discuter, ensuite parce qu'elle n'offre aucune réponse au préjudice causé par ceux qui n'ont souffert d'aucune autre aliénation que physiologique et pour cette raison imprévisible (v. *supra*, n° 101), et enfin parce que, même répartie, la charge de la réparation repose toujours dans un tel système sur ceux qui sont obligés au paiement des primes, chaque malade étant ainsi tenu de payer pour pouvoir souffrir paisiblement son mal. Si l'on doit imposer une assurance obligatoire, elle devrait moins être souscrite par les auteurs irresponsables (assurance de responsabilité) que par les victimes elles-mêmes (assurance de dommages) qui, appartenant à une population considérablement plus nombreuse, supporteraient des primes d'autant moins élevées. Où l'on voit que la raison tend inéluctablement à la seule solution qui vaille : répartir, dans l'intérêt de tous, la charge de cette réparation sur le plus grand nombre en instituant un fonds général ayant vocation à indemniser les victimes de tout préjudice corporel et moral ne trouvant pas de responsable, que celui-ci soit inconnu, insolvable ou, comme ici, inexistant. Pour l'institution d'un tel fonds, v. not. Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, « 7^e éd. » [10^e éd.], Dalloz, 2008, n° 92, p. 93. Et au moins pour la réparation des dommages corporels : Ch. RADÉ, « Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile », *D.* 2003, pp. 2247-2255, spéc. pp. 2254-2255 ; F. LEDUC, « Le droit de la responsabilité civile hors le Code civil », *PA* 6 juill. 2005, n° 133, pp. 3-14, spéc. pp. 13-14. Peut-être cette solution n'est-elle pas en effet qu'utopie : cela fait maintenant trente ans que ce fonds général d'indemnisation existe en Nouvelle-Zélande. On regrettera donc que l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription remis au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005 n'ait cru devoir proposer sur ce point aucune amélioration du droit positif (v. not. rapp., p. 152, et note 16).

(114) Ne serait-ce que parce que le point de départ de la prescription ne sera pas le même, le délai opposable au tiers ne courant que du jour où celui-ci aura pu connaître l'existence du trouble mental.

(115) Des diverses raisons traditionnellement données pour justifier la disposition, l'une a certes disparu en cette hypothèse : lorsque l'action est intentée par le cocontractant ou un tiers, il n'est plus question de sanctionner ceux-ci pour ne pas avoir provoqué l'ouverture d'un régime de protection légale du vivant de l'auteur, n'étant pas censé avoir eu connaissance de son état. Mais à dire vrai, l'héritier pouvait lui aussi ignorer le trouble et il paraîtrait de bien mauvaise justice de présumer irréfragablement le contraire. Il semble par conséquent que seul a jamais valu cet autre fondement : il s'agit, par les limites posées à l'article 414-2 du Code civil, d'éviter de souiller par de médiocres procès la mémoire d'un mort dont on prétendrait produire une preuve, devenue bien labile, du trouble mental. Or cette *ratio legis* s'applique plus encore, si possible, à l'action en constat d'inexistence pour aliénation mentale qu'à l'action en nullité relative pour simple trouble.

(116) Tant qu'en demeure l'essentiel. Pour les variations jouées sur la portée matérielle de l'aliénation, v. *supra*, n° 102.

Strictement, la personne privée de toute conscience par aliénation mentale est d'ailleurs aussi inapte à former un contrat pour son propre compte que pour un tiers ; sa volonté ne serait pas plus efficace ici encore que celle exprimée par un enfant en bas âge⁽¹¹⁷⁾. À la différence, en effet, du représentant au discernement simplement altéré, le mandataire qui subirait une abolition totale de sa raison au cours de l'exécution de sa mission n'exprimerait plus, en droit, aucun consentement efficace, même au nom de son mandant, et le mandat tombera par caducité⁽¹¹⁸⁾. Il suffira toutefois pour le destinataire de la volition ainsi exprimée d'avoir légitimement ignoré l'aliénation du représentant pour pouvoir encore, du jeu de la théorie de l'apparence, forcer par son acceptation à la formation du contrat sur la tête du représenté⁽¹¹⁹⁾. Peu importe alors qu'il ait eu malgré tout connaissance du trouble mental de l'intermédiaire s'il ne pouvait imaginer que ce trouble fut assez important pour abolir tout à fait son discernement : la simple altération, même apparente, des facultés intellectuelles ne met pas obstacle à la représentation⁽¹²⁰⁾.

Dans tous les cas cependant, qu'il fût partie ou représentant, soumis à un simple trouble ou à une aliénation véritable, le contractant devra répondre du fait d'avoir, malgré lui, laissé paraître le contrat. La généralité de la règle portée à l'article 414-3 du Code civil ne permet pas en effet d'exclure le principe de la réparation dans l'hypothèse où le cocontractant aurait à souffrir un préjudice pour avoir cru à un accord rétroactivement annulé ou en réalité inexistant⁽¹²¹⁾. Bien sûr, une telle solution est éminemment critiquable⁽¹²²⁾, mais elle ne l'est pas plus que la disposition qui la fonde⁽¹²³⁾. En fait, elle ne rend que plus impérieuse la nécessité de trouver des remèdes à l'inexistence du contrat conclu sous l'empire d'une aliénation mentale.

(117) V. *supra*, n° 94, *in fine*, et les auteurs cités note 53.

(118) Ce qui ne devrait pas être le cas si le mandant devenait sujet d'un simple trouble mental ou d'une incapacité légale. V. pourtant C. civ., art. 2003, *in fine*; et encore l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, art. 1120-2, al. 1^{er} : « *Le représentant ne peut entreprendre ou poursuivre la mission à laquelle il est appelé s'il est atteint d'une incapacité ou frappé d'une interdiction.* » Seul l'intuitus personae placé dans le mandataire par le mandant pourrait justifier cette privation de pouvoir.

(119) En revanche, l'acceptation donnée par un représentant privé de tout discernement n'aurait jamais aucun effet, quelle que fût la croyance à cet égard de l'auteur de l'offre : la théorie de l'apparence ne joue qu'au bénéfice de l'acceptant : v. *infra*, n° 229, *in limine*.

(120) Rappr. l'admission de la représentation par un enfant mineur pourvu d'un discernement minimal, *supra*, n° 94, spéc. note 54.

(121) V. ainsi 1^{re} civ., 28 janv. 2003, pourvoi n° 00-12498 (P.A. 24 oct. 2003, note J. Massip ; Dr. fam. 2003, n° 152, note Th. Fossier ; Dr. & Patr., janv. 2004, p. 84, obs. F. Chabas), qui rejette un moyen arguant de la violation de l'article 489-2 au motif que « *la cour d'appel a retenu à bon droit que la nullité du contrat [pour cause d'insanité d'esprit] n'excluait pas l'action en responsabilité contre le contractant dont la faute a été, en l'espèce, caractérisée* ». Sur ce point, v. déjà C. GEFFROY, *La condition civile du malade mental et de l'inadapté*, th. Rennes, 1971, Litec, 1974, pp. 244-247.

(122) Elle revient ainsi, au cas de simple trouble mental, à accorder un droit de critique d'un côté (C. civ., art. 414-1) et à critiquer l'exercice de ce droit de l'autre (art. 414-3). Et c'est peut-être pire encore au cas d'aliénation radicale : en cette hypothèse en effet, le contractant menacé de responsabilité n'est même plus maître de l'anéantissement du contrat, dont l'inexistence pourra être excipée par tout intéressé.

(123) Sur laquelle v. *supra*, *eod. num.*, note 113.

B - LES REMÈDES CONTRACTUELS À L'ALIÉNATION MENTALE

107. La conscience apparente – La personne mentalement aliénée aura très bien pu apparaître au cocontractant comme parfaitement censée. Elle aura également pu passer pour n'avoir souffert que d'un simple trouble non exclusif d'un état de conscience suffisant pour s'engager, même sous le bénéfice alors d'une action en nullité relative. C'est dire que le cocontractant aura pu croire à l'existence de la convention, qu'il ait ou non cru en outre à la parfaite validité du consentement exprimé. Retournant l'acceptation dans cette légitime croyance, il pourra alors, au fondement de la théorie de l'apparence, forcer à l'existence de l'accord malgré l'aliénation véritable du pollicitant⁽¹²⁴⁾.

Mais quelles que fussent l'ampleur et la légitimité de l'ignorance de l'acceptant, celle-ci ne mettra jamais obstacle à la protection normalement ouverte à celui qui a contracté sous l'empire d'un trouble mental. C'est que, contractuellement inapte, la personne au discernement radicalement aboli est aussi, *a fortiori*, naturellement incapable⁽¹²⁵⁾, et l'apparence, propre à outrepasser l'absence totale de volonté, ne saurait avoir aucune prétention à en interdire sa protection⁽¹²⁶⁾. Ainsi, même enrôlé de force par la croyance d'un autre, le pollicitant apparent pourra toujours faire valoir son aliénation mentale pour se dégager de ses liens : son aliénation vaudra comme trouble mental, celui-là même qui ouvre à tout contractant, apparent ou véritable, la voie de l'annulation (C. civ., art. 414-1).

108. La représentation de la personne aliénée – La personne mentalement aliénée peut ne pas l'avoir toujours été⁽¹²⁷⁾ ; elle a donc pu valablement donner pouvoir à un mandataire de la représenter avant que de sombrer. Elle a pu le faire pour ce cas précis, et conclure à cette fin un mandat de protection future (C. civ., art. 477 et s.), mais elle aura surtout institué, le plus souvent, un mandataire ordinaire (art. 1984 et s.). Or, il n'est aucune raison de considérer que la déchéance mentale du mandant emporte, en soi, caducité du contrat de mandat⁽¹²⁸⁾, ni que l'institution du mandat de protection future ait eu pour objet de mettre obstacle à toute autre forme de représentation conventionnelle⁽¹²⁹⁾.

(124) Tandis que passant pour auteur de l'offre, il ne pourrait opposer son ignorance à l'acceptant qui se sera prononcé en état d'aliénation mentale : si la théorie de l'apparence permet de passer outre la pollicitation, elle ne peut rien contre l'absence d'acceptation. Sur la question, v. plus spéc. *infra*, n° 229.

(125) Sur cette distinction, v. *supra*, n° 105, *in limine*.

(126) V. *supra*, n° 95, spéc. note 58. Rappr. en ce sens 1^{re} civ., 2 juin 1993, n° 91-19296, qui pose en principe « que les règles du mandat apparent concernent l'existence du mandat et non sa validité » pour permettre au mandant apparent souffrant de trouble mental de poursuivre la nullité du contrat ainsi conclu.

(127) V. *supra*, n°s 100 et 101.

(128) Ce d'autant plus que l'aliénation peut n'être que tout à fait temporaire, et le mandataire s'exprimer au cours de cette brève absence de son mandant (v. *supra*, n° 101). Va-t-on ainsi refuser de reconnaître le contrat formé par représentation au prétexte que, à l'instant de sa conclusion, le représenté s'était assoupi ?

(129) Tant que l'affection du mandant n'était pas prévisible au jour de la conclusion du mandat, il apparaît donc assez peu opportun d'imposer à celui-ci la forme scripturale que l'article 477 prescrit en son dernier alinéa pour la conclusion du mandat de protection future, ce d'autant que le pouvoir du mandataire ordinaire se borne le plus souvent à un acte déterminé. Il s'y ajoute que ce représentant restant libre, contrairement au mandataire protecteur, de renoncer à sa mission (comp. C. civ., art. 480, dern. al., et art. 2007), son consentement n'a pas besoin de la solennité que confère à l'engagement la rédaction d'un écrit.

Le représentant antérieurement désigné devrait toujours pouvoir engager le représenté passé sous le joug de son aliénation⁽¹³⁰⁾. Seule l'ouverture d'une tutelle paraît en réalité devoir éteindre de plein droit le pouvoir antérieurement conféré : le régime impératif de la représentation légale ne souffrirait plus alors la concurrence d'une représentation restée conventionnelle (C. civ., art. 2003, *in fine*)⁽¹³¹⁾.

Le pouvoir conventionnel éteint, c'est alors la représentation légale de la personne mentalement aliénée qui lui permettra encore de s'engager contractuellement. À ce degré de trouble⁽¹³²⁾, la protection s'organisera autour du régime de la tutelle (C. civ., art. 440, al. 3) : le majeur inconscient sera représenté par un tuteur pour tous les actes de la vie civile. Son incapacité est donc générale, même s'il reste capable des actes usuels (art. 473, al. 1^{er})⁽¹³³⁾ ou de ceux que le juge lui aurait permis de passer seul (al. 2)⁽¹³⁴⁾. Absolument inapte à convenir de quelque engagement dans les murs de son aliénation, le contractant n'y est pas, strictement, protégé par son incapacité légale puisque, s'avançant seul, son engagement resterait de toute façon inexistant⁽¹³⁵⁾. Son incapacité a bien plutôt pour objet, en la circonstance, de lui permettre de s'affirmer, malgré son mal, comme sujet de droit. Protégée, la personne souffrant d'aliénation véritable le sera en réalité avant tout contre son propre tuteur, par les conditions qui seront notamment requises à la conclusion par lui des

(130) En ce sens, v. par ex. L. GUILLOUARD, *Traité des contrats aléatoires et du mandat*, 2^e éd., A. Durand et G. Pedone-Lauriel, 1894, n° 242, p. 545 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil*, dir. G. Baudry-Lacantinerie, 3^e éd., L. Larose et L. Tenin, t. XXIV, *Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction*, 1907, n° 840, pp. 448-449 ; B. TILLEMANN, *op. cit.* (*supra*, note 53), n° 592, p. 388 ; Ph. LE TOURNEAU, *in Rép. civ.*, Dalloz, v° Mandat, 2000, n° 431, p. 58. La jurisprudence est du reste acquise : « l'aliénation mentale du mandant ne [met] pas, à elle seule, fin au mandat, en l'absence d'interdiction » (Civ., 1^{re} sect., 22 oct. 1963, *Bull.*, I, n° 448).

(131) Rappr. 1^{re} civ., 17 juill. 1984, *Gaz. Pal.* 1985, I, p. 150, note J. M., jugeant que la désignation du mandataire judiciaire de l'article 491-5 du Code civil (art. 437 nouv.) a pour effet de révoquer à la mesure du pouvoir ainsi conféré par le juge le mandataire conventionnel antérieurement constitué (désignation judiciaire motivée il est vrai en l'espèce par la mauvaise gestion du mandataire conventionnel). Comp. C. civ., art. 436, al. 1^{er} (et art. 491-3 anc.), d'après lequel le mandat conclu avant placement sous sauvegarde de justice reçoit encore exécution après celui-ci dès lors qu'aucun représentant n'a été désigné par le juge. Sur cette question, v. déjà *supra*, n° 75, spéc. note 470.

(132) Si tant est que l'aliénation résulte d'un trouble pathologique. À défaut (v. *supra*, n° 101), aucun régime de protection légale n'est envisageable, l'aliénation purement physiologique étant trop temporaire pour le justifier (v. *supra*, n° 103).

(133) À la condition toutefois que son aliénation n'ait pas aboli son discernement au point de lui interdire même les actes les plus usuels. Pour cette raison, il y aurait lieu d'admettre que le pouvoir du tuteur ne s'arrêterait pas là où la loi ou l'usage autorise le représenté à agir seul (comp. la rédaction des articles 450 et 389-3, en leur premier alinéa). Où l'on se heurte aux limites de la législation par renvois, car si l'usage peut facilement se déterminer en fonction de l'âge du mineur, il paraît autrement plus délicat de le définir en considération de la nature d'une affection mentale, chaque affection étant en outre susceptible de degrés.

(134) Il n'est donc pas possible pour le juge d'ouvrir, à l'inverse, une tutelle limitée à certains actes, et ce alors même que nombre d'affections mentales n'étendent leur empire qu'en certains domaines précisément circonscrits (v. *supra*, n° 102). Dans cette hypothèse, on placera la personne partiellement aliénée sous sauvegarde de justice tout en lui désignant un mandataire spécial pour les actes critiques (C. civ., art. 437, al. 2), avec cet inconvénient néanmoins que la mesure de protection se périme alors plus vite (une année au lieu des cinq ans de la tutelle : art. 439 et 441).

(135) Sauf, il est vrai, le jeu de la théorie de l'apparence (v. *supra*, n° 107), mais le pollicitant aliéné pourrait encore se délier de cet engagement en faisant valoir l'existence de son trouble mental (C. civ., art. 414-1). L'ouverture d'un régime d'incapacité légale aura alors pour effet de permettre cette action en annulation au cas où le contractant serait resté sous l'empire de son aliénation. En cela seulement, donc, il y aura protection.

actes les plus graves⁽¹³⁶⁾. Celles-ci méconnues, le contrat existera néanmoins et demeurera valable dans l'attente d'une éventuelle action en annulation.

109. Le report de la formation – Le contrat prétendument conclu en l'absence de toute conscience n'aura en réalité jamais été formé. Mais son aliénation passée, le contractant pourrait vouloir redonner son consentement ; et le représentant, conventionnel, judiciaire ou légal⁽¹³⁷⁾, pourrait lui aussi exprimer à nouveau la volonté vainement émise par son représenté, quand bien même celui-ci souffrirait-il encore de son trouble mental.

L'acceptation retournée dans cet état sera restée parfaitement inefficace : l'offre du tiers demeurera donc et pourra encore être acceptée dans son délai de validité. Le destinataire initial pourra ainsi réitérer sa volonté, efficacement cette fois s'il a recouvré un certain état de conscience. En ce cas, le contrat se formera au jour de cette seconde acceptation, seule véritable, sous le bénéfice éventuel d'une action en nullité relative si l'acceptant peut encore faire valoir quelque trouble mental résiduel⁽¹³⁸⁾ ou s'il bénéficie par ailleurs d'un régime de protection légale⁽¹³⁹⁾. Accepté par son représentant, le contrat ne pourra plus être annulé à cet égard que pour méconnaissance des conditions de son intervention⁽¹⁴⁰⁾.

Si la personne aliénée s'était, à l'inverse, faite pollicitant, son offre aurait, elle aussi, été privée de tout effet, quand bien même le trouble se serait-il depuis dissipé : on ne doit pas tirer du simple silence la réitération d'une offre originairement donnée par inconscience⁽¹⁴¹⁾. De sorte que l'acceptation retournée par le destinataire, à une époque même où le prétendu pollicitant aurait recouvré son esprit, ne vaudrait pas comme telle et ne formerait par conséquent aucun contrat. Mais on pourra admettre que, poursuivant la conclusion de l'accord, le tiers accepterait aussi bien de passer pour auteur de l'offre, tant du moins que rien ne se trouve changé à ses intentions. Ainsi convertie en pollicitation, la pseudo-acceptation du destinataire pourra à son tour recevoir l'acceptation, véritable cette fois, du pollicitant originaire à présent revenu de son aliénation. Le contrat se formera au jour de cette nouvelle acceptation, seule efficace, mais avec effet rétroactif au jour de la volition du cocontractant, qui a toujours entendu pour sa part se lier à cet instant⁽¹⁴²⁾. L'engagement finalement conclu, celui-ci serait encore soumis au risque de son annulation si le discernement du pollicitant initial devenu acceptant, pour n'être plus radicalement aboli, demeurerait encore altéré par son trouble mental⁽¹⁴³⁾. Et il en irait de même si, le trouble

(136) Autorisation du conseil de famille et/ou autorisation du juge des tutelles (v. not. C. civ., art. 465, al. 1^{er}, 4^o).

(137) V. *supra*, n^o 108.

(138) Mais néanmoins obnubilant (C. civ., art. 414-1).

(139) C. civ., art. 435, pour la sauvegarde de justice ; art. 464 et 465, pour la curatelle et la tutelle.

(140) V. not., pour le tuteur, C. civ., art. 465, al. 1^{er}, 4^o.

(141) V. *supra*, n^o 97, spéc. note 67.

(142) Sauf incongruité de cette rétroactivité, auquel cas on ne requalifiera pas l'acceptation du destinataire en offre de contracter et aucun contrat ne se formera sans nouvelle volition de l'intéressé (v. *supra*, n^o 97, note 69).

(143) V. *supra*, *eod. num.*, note 138.

entièrement dissipé, le contractant pouvait encore se prévaloir d'un régime de protection légale⁽¹⁴⁴⁾. Enfin, l'acceptation convertie en offre aura également pu rencontrer la volition d'un représentant, lequel aura ainsi conclu le contrat au nom d'un contractant resté éventuellement sous l'empire de son aliénation. L'engagement ainsi formé par intercession, les causes de son annulation se réduiront alors aux cas de méconnaissance des conditions de la représentation légale⁽¹⁴⁵⁾.

110. Conclusion – Quels que soient en définitive les remèdes prodigués sur l'inconscience du contractant, il reste de principe qu'aucun contrat ne pourra se former sur la tête de celui qui n'aura pas disposé d'un discernement suffisant pour saisir les effets juridiques élémentaires de sa volition. On opposerait donc en vain quelque engagement à la personne évoluant dans son premier âge, à celle qui, plus âgée, serait néanmoins restée confinée à ce stade liminaire de son développement intellectuel ou encore à celle qui, pour quelque cause pathologique ou physiologique, replongerait, même temporairement, dans cet état d'inconscience. Le contrat prétendument conclu dans ces circonstances demeurerait proprement inexistant.

Ainsi ne suffit-il pas pour la personne du contractant d'exister en fait et en droit ; il faut que lui soit reconnue en outre une conscience assez édifiée pour vouloir le droit. Personnalité et conscience juridiques constituent bien les deux conditions subjectives à l'existence de tout contrat : l'objet juridique ne peut naître que d'un sujet de droit apte à l'engendrer. Source du contrat, la volonté ne pourra le former qu'à la condition d'exister et de savoir. Faute d'exister pour le droit, la volonté n'aura rien pu exprimer ; faute de savoir ce qu'elle voulait, elle n'aura rien pu constituer.

La volition passerait-elle d'ailleurs l'épreuve de sa source qu'elle pourrait encore se perdre à son aval. Pour être en effet reconnue autonome, la volonté devra de surcroît s'exprimer à fin de former un contrat. À défaut, celui-ci n'existera encore pas, non plus alors pour déficience de l'un de ses auteurs, mais pour déficience de la teneur de sa volonté.

(144) *Ibid.*, note 139.

(145) *Ibid.*, note 140.

SECONDE PARTIE

L'INEXISTENCE POUR CAUSE DE DÉFICIENCE DANS LA TENEUR DE LA VOLONTÉ

111. Droit commun et droit spécial – Le sujet de droit, désormais constitué et pourvu d'une conscience juridique suffisante, est susceptible d'exprimer une volonté juridiquement efficace. Mais précisément, il échouera ici à le faire : la volonté manquera à présent par sa teneur plutôt que par son auteur, par son objet plutôt que par son sujet⁽¹⁾. Car, pour sceller l'accord, l'auteur devra non seulement respecter les conditions de formation communes à tous les contrats (Titre I^{er}) mais répondre encore à celles propres à certains d'entre eux (Titre II). De la diversité de ces causes, la théorie de l'inexistence émergera alors dans toute son ampleur.

(1) Pour la distinction fondamentale entre le sujet et l'objet de la volonté, v. déjà *supra*, n° 14, spéc. note 249.

Il doit cependant être entendu que l'objet de la volonté, c'est-à-dire ce sur quoi porte la volonté, ne se confond pas absolument avec l'objet du contrat lui-même : l'objet de la volonté est, en l'occurrence, l'objet juridique que constitue le contrat en son entier, tandis que ce contrat contient à son tour un objet et une cause qui lui sont propres. Il en résulte que l'objet de la volonté vise ici non seulement l'objet du contrat, ce sur quoi lui-même porte, mais encore sa cause et toutes les conditions supplémentaires éventuellement requises à sa formation. Quant à la cause de la volition, elle correspond aux motifs qui ont décidé l'auteur ; certains seront érigés comme cause du contrat (passant ainsi de la cause à l'objet de la volonté), les autres, s'il en demeure, appartiendront au seul for interne du contractant.

TITRE I^{ER}

LA DÉFAILLANCE D'UNE CONDITION DE FORMATION COMMUNE À TOUS LES CONTRATS

112. L'inexistence par définition – De la définition retenue du contrat⁽¹⁾, il se déduit qu'il est suffisant, mais nécessaire, pour le former de constater l'existence d'un accord de volonté⁽²⁾ (Chapitre I^{er}), qui soit conclu à fin de produire des effets de droit (Chapitre II). Que l'obligation soit née sans accord ou que l'accord n'ait formé aucune obligation et, dans les deux cas, le contrat restera inexistant⁽³⁾.

(1) V. *supra*, n° 12.

(2) Accord de *volonté* au singulier, conformément à la tradition, puisque, comme l'on va à *pied*, il ne s'agit pas tant de rappeler de façon purement pléonastique qu'un accord réunit, par définition, plusieurs éléments, que de préciser que, en la matière, cet accord est volitif plutôt que, par exemple, harmonique ou chromatique. Comp. G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965, n° 102, p. 376 : « On pourrait être tenté de voir également dans la formule "accord de volonté" – alors qu'on s'attendrait à lire "accord de volontés" – une référence à la mythique union, les volontés initiales s'étant évanouies pour se fondre en une réalité unique. Mais, plus que le résultat et la structure de l'accord, le singulier paraît désigner sa substance. » Encore les deux interprétations évoquées par l'auteur ne s'excluent-elles pas : c'est bien l'objet de droit, l'accord de deux volontés qui n'en forment plus qu'une au sein d'un acte unique, et non plus la source qui remonte aux deux sujets de droit (sur laquelle, v. *supra*, 1^{re} part.), que l'on aborde à présent. Singularisée, la volonté rompt avec sa source et s'objective désormais dans l'acte qui la manifeste. Rapp. J. GHESTIN, *Les obligations – La formation du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 1993, n° 6, pp. 5-6.

(3) Pour cette division, v. G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol*, LGDJ, t. II, 1957, n° 46, pp. 21-22 : « Le contrat étant défini l'accord de deux ou plusieurs personnes pour créer une obligation, on peut en déduire qu'il n'y a pas de contrat : 1° si l'accord ne s'est pas fait entre les deux parties ; 2° si cet accord n'a pas pour objet la création d'une obligation juridique. »

CHAPITRE I^{ER}LE CONTRAT :
UN ACCORD DE VOLONTÉ

113. Prolégomènes – L'accord suppose pour se réaliser de joindre la volonté de l'offrant (Section I) à celle de l'acceptant (Section II). Mais il importe de comprendre au préalable en quoi cet accord est proprement constitutif, et de percevoir par là la raison pour laquelle la défaillance de l'une ou l'autre de ces deux volontés suffit à provoquer l'inexistence du contrat (Section préliminaire).

SECTION PRÉLIMINAIRE

LA PLACE DE LA VOLONTÉ DANS LE CONTRAT

114. La volonté pour source et pour principe du contrat – Historiquement, l'apparition de la notion de contrat est intimement liée à la reconnaissance de la force obligatoire de la volonté. Si cette portée fut longtemps subordonnée au respect d'un formalisme rigoureux, la dissolution progressive de ce dernier a permis de révéler un principe consensualiste qui avait déjà germé en son sein (§ 1). À présent érigé en système, il est devenu possible d'examiner le processus par lequel la volonté parvient à former l'engagement (§ 2).

§ 1 – Le principe consensualiste

115. L'apparition du contrat – À l'évidence, la confiance constitue le ciment de toute vie en société⁽¹⁾ : il n'y a d'ordre social que si chacun, estimant la vie meilleure ensemble, peut nourrir à cette fin l'attente que l'autre adoptera et conservera un comportement tolérable⁽²⁾. Si donc, dès l'origine, il y a bien convention⁽³⁾, celle-ci ne se comprend encore que dans son sens étymologique⁽⁴⁾ : il est probable en effet que la contrainte sociale résultait

(1) En ce sens, v. par ex. N. LUHMANN, *Vertrauen – Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, F. Enke, Stuttgart, 1968, 4^e éd., Lucius & Lucius, Stuttgart, 2000, trad. S. Bouchard, *La confiance – Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, Economica, 2006, spéc. p. 39 : « En vérité, l'idée de confiance est au fondement de l'ensemble du droit et fonde le fait général de s'en remettre aux autres ».

(2) Et il n'en va pas autrement dans une société du plus fort. Une telle société ne se constitue qu'au jour où les plus faibles cessent de s'opposer à la loi du premier et où chacun compte alors sur le respect mutuel de l'ordre ainsi établi : le fort cesse son agression dès lors qu'il ne se sent plus menacé et les autres renoncent à le contester dans la mesure où ils considèrent sa contrainte durablement contenue et s'en contentent. Même en cette hypothèse donc, les uns et les autres se font confiance.

(3) La tradition est longue qui fait remonter la société au contrat, *latissimo sensu*. V. déjà SOCRATE, d'après Platon, *Criton*, in *Œuvres complètes*, trad. A. Diès, Les Belles Lettres, 1925, 51 e ; puis GLAUCON, selon le même, *La République*, liv. II, 358 e - 359 a : « écoute donc ce que je devais t'exposer en premier lieu : quelle est la nature et l'origine de la justice. Les hommes prétendent que, par nature, il est bon de commettre l'injustice et mauvais de la souffrir, mais qu'il y a plus de mal à la souffrir que de bien à la commettre. Aussi, lorsque mutuellement ils la commettent et la subissent, et qu'ils goûtent des deux états, ceux qui ne peuvent point éviter l'un ni choisir l'autre estiment utile de s'entendre pour ne plus commettre ni subir l'injustice. De là prirent naissance les lois et les conventions, et l'on appela ce que prescrivait la loi légitime et juste. Voilà l'origine et l'essence de la justice » ; ARISTOTE, *Rhétorique*, trad. M. Dufour, Les Belles Lettres, 1960, I, xv, 21, 1376 b : « la loi elle-même est une convention » ; ÉPICURE, maximes 31 à 38, in *Lettres et maximes*, trad. et présent. M. Conche, PUF, 1987 ; CICÉRON, *De Republica* [*La République*], trad. E. Bréguet, Les Belles Lettres, 1980, t. I, liv. I, chap. XXV ; Th. HOBBS, *Leviathan*, London, 1651, trad. F. Tricaud, Sirey, 1971, chap. XIV, p. 129, où il est posée cette « loi fondamentale de nature [...] Que chacun doit chercher la paix par tous ses efforts » puis que « De cette loi fondamentale de nature dérive cette seconde loi Qu'on consente, quand les autres sont aussi consentants, et cela aussi loin que l'on pense que c'est nécessaire à la paix et à sa propre défense, à renoncer à ce droit sur toutes choses et à se contenter de la même liberté à l'égard des autres que celle que l'on accorde aux autres à l'égard de soi », d'où il résulte enfin, chap. XV, in limine, « une troisième loi de nature, Que l'on exécute les pactes que l'on a fait. Sans cette loi, les pactes sont vains et ne sont que des mots vides » ; S. VON PUFENDORF, *De jure natura et gentium* [*Le droit de la nature et des gens*], Amsterdam, 1672, trad. J. Barbeyrac, 5^e éd., Briasson, Paris, 1734, t. II, liv. VII, chap. I, et chap. II, §§ I à XX, spéc. § II, p. 213, sur Hobbes : « Toutes les sociétés humaines se contractent volontairement. » ; J. LOCKE, *Second Traité du gouvernement*, trad. J.-F. Spitz, PUF, 1994, chap. VIII ; J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Genève, 1762, in *Œuvres complètes*, dir. B. Gagnebin et M. Raymond, Gallimard, Bibl. La Pléiade, t. III, 1964, spéc. liv. I, chap. VIII ; I. KANT, *Gründlegung der Metaphysik der Sitten* [*Fondements de la métaphysique des mœurs*], Königsberg, 1785, trad. V. Delbos, éd. J. Vrin, 1980, rééd. 1992, introd. et annot. A. Philonenko, sect. II et III ; puis *Metaphysik der Sitten* [*Métaphysique des mœurs*], 1^{re} part., *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* [*Doctrine du droit*], Königsberg, 1797, trad. A. Philonenko, 5^e éd., J. Vrin, 1993, 1^{re} part., sect. III, § 42, p. 189, et 2^e part., sect. II, § 47, p. 198 ; J. G. FICHTE, *Gründlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre* [*Fondement du droit naturel selon les principes de la Doctrine de la science*], Leipzig, 1796, trad., présent. et annot. A. Renaut, PUF, 1984, 1^{re} part., p. 95 ; A. FOUILLÉE, *La science sociale contemporaine*, Hachette, 5^e éd., 1910, pp. 7-12, spéc. p. 10, en note : « dès qu'il y a commencement de société, il y a, selon nous, commencement d'entente mutuelle et plus ou moins tacite, de pacte et de convention. »

Mais la théorie contractualiste pêche par excès lorsqu'elle prétend ce disant fonder l'ordre social sur la volonté libre de ses membres : d'une part il a fallu vivre longtemps ensemble avant de pouvoir envisager que la simple volition soit susceptible de valoir engagement (v. *infra*, eod. num.), d'autre part cette volonté fondatrice n'est effectivement nécessaire que pour les sociétés de forme démocratique, lesquelles ne sont probablement pas les plus anciennes. Pour toutes les autres, il aura suffi que les individus parviennent simplement à cohabiter.

(4) *Conventio*, de *cum venire* : venir avec, se joindre, s'unir. À défaut de promesse, cette convention ne constitue donc pas encore un contrat. Ce sont, par exemple, les conventions démocrates et républicaines organisées tous les quatre ans aux États-Unis en vue de désigner un candidat à l'élection présidentielle. V. ainsi Ch. WOLFF, *Grundsätze des Natur und Völkerrechts* [*Principes du droit de la nature et des gens*], Halle, 1754, trad. (suite p. suiv.)

plus alors de l'habitude prise *ex post* de vivre ensemble selon certains usages et, par conséquent, de ne pas y déroger inconsidérément, que de la valeur accordée *ex ante* et pour l'avenir à une parole donnée⁽⁵⁾. Du reste, on s'accorde aujourd'hui, depuis les travaux de MAUSS⁽⁶⁾, à regarder les premiers échanges, nés du don, comme ayant obéi à une logique dépourvue de tout consensualisme : que le don ait été ou non désiré par le donataire importait peu puisque la seule délivrance du bien l'obligeait de toute façon à le recevoir puis à le restituer autrement, en donnant à son tour⁽⁷⁾. C'est pour s'affranchir du poids de cette dette que le donataire trouva à procurer immédiatement la contrepartie attendue par son gratifiant. L'échange était né, mais pas encore le contrat.

Car, à ce stade, on observe que l'obligation du donataire ne résultait d'aucun accord nécessaire tandis que, à l'inverse, l'accord des coéchangistes formé par la délivrance réciproque et simultanée ne faisait naître quant à lui aucune obligation. Il fallut, derrière la convention née du don réciproque, découvrir la volonté des parties pour lui permettre de se libérer de la condition de l'exécution préalable. Et lorsqu'on le fit, ce ne fut que sous la tutelle des dieux : c'est aux forces immatérielles que la parole fut d'abord donnée, la menace de leur sanction devant assurer son respect par le promettant. La promesse s'entoura alors de formules sacramentelles, jugées seules capables de l'élever jusqu'aux divins garants. Mais au moins la volonté, même vêtue, était-elle devenue source d'engagement. De ce jour seulement, bien après la *conventio*, apparut le *contractus*⁽⁸⁾.

J.-H.-S. Formey, éd. M. Rey, Amsterdam, 1758, t. I, liv. III, chap. IV, §§ CXXX et CXXXI, pp. 202-203. Rapp. D. HUME, *A Treatise of Human Nature* [*Traité de la nature humaine*], London, 1741, trad. A. Leroy, éd. Aubier-Montaigne, 1946, liv. III, part. II, sect. 2, p. 607 : « Deux hommes, qui tirent sur les avirons d'un canot, le font d'après un accord ou une convention, bien qu'ils ne se soient jamais fait de promesses l'un à l'autre. »

(5) Si quelque confiance a pu être accordée aux premières paroles, ce ne pouvait donc être encore que pour ce que celles-ci décrivaient d'un fait passé et non déjà pour ce qu'elles annonçaient d'un acte futur : le mensonge seul était sanctionné. Rapp. THOMAS D'AQUIN, *Summa theologiae* [*Somme théologique*], env. 1270, trad. A.-M. Roguet, coord. A. Raulin, éd. Le Cerf, 1984, t. II, II a - II ae, quest. 109, art. 3, qui, conformément aux Écritures, qui ne prohibent que le mensonge, s'en tient toujours à cette seule expression du principe : « les hommes ne pourraient pas vivre les uns avec les autres, s'ils ne pouvaient ajouter foi aux paroles les uns des autres, c'est-à-dire s'ils ne disaient pas la vérité ». Sur cette assimilation préalable du parjure au mensonge, v. J. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Église*, th. Paris, 1933, pp. 10-16. Il reste vrai néanmoins que la valeur initialement accordée à la parole descriptive a pu permettre, par simple extension, de la conférer plus tard à la parole prescriptive. Sur ce rapport, v. not. I. KANT, *Über ein vermeintes Recht aus Menschenliebe zu lügen* [*Sur un prétendu droit de mentir par humanité*], 1797, trad. L. Guillermit, in *Théorie et pratique*, J. Vrin, 1967 ; puis *Fondements de la métaphysique des mœurs*, préc. (*supra*, note 3), p. 69, où l'auteur lie la force obligatoire de l'une et l'autre formes de promesse : « si je peux bien vouloir le mensonge, je ne peux en aucune manière vouloir une loi universelle qui commanderait [i.e. permettrait dans certains cas] de mentir ; en effet, selon une telle loi, il n'y aurait plus à proprement parler de promesse, car il serait vain de déclarer ma volonté concernant mes actions futures à d'autres hommes qui ne croiraient point à cette déclaration ou qui, s'ils y ajoutaient foi étourdiment, me payeraient exactement de la même monnaie : de telle sorte que ma maxime, du moment qu'elle serait érigée en loi universelle, se détruirait elle-même nécessairement. » ; Ch. FRIED, *Contract as Promise*, Harvard Univ. Press, 1981, p. 16 : « To abuse that confidence now is like (but only like) lying ».

(6) M. MAUSS, « Essai sur le don », *L'Année sociologique*, 1923-1925, publ. in *Sociologie et anthropologie*, PUF, 1950, pp. 143-279. Rapp. déjà G. DAVY, *La foi jurée – Étude sociologique du problème du contrat*, th. lettres, Paris, F. Alcan, 1922. Adde D. WARNOTTE, *Les origines sociologiques de l'obligation contractuelle*, ULB, M. Lamertin, Bruxelles, 1927.

(7) La volonté d'un seul aurait donc suffi à constituer une dette sur autrui, contrairement au principe cardinal qui gouverne aujourd'hui le droit des obligations. On peut même penser que la première délivrance elle-même put rapidement résulter, en certaines circonstances, de la coutume plutôt que de la libre volonté du donateur.

(8) De *cum tractus* : trait ou règle tracé entre, lien tendu avec, au sens actif. À l'origine donc, le *contractus* visait
(suite p. suiv.)

116. L'autonomie de la volonté – La tradition, à Rome, conserva longtemps la procédure formulaire après en avoir oublié la nature magique ou théologique : en même temps que le *fas* se fit *jus*, le consentement des contractants apparut dans sa plus simple expression comme la source primordiale de l'engagement qu'il manifestait⁽⁹⁾. Au point que ce constat favorisa l'émergence de systèmes juridiques concurrents du droit civil romain, *jus naturale* et *jus gentium*, au sein desquels on voulut reconnaître pleinement la force obligatoire des conventions, hors toute condition de forme⁽¹⁰⁾. Le droit civil ne finit progressivement par l'admettre à son tour que bien plus tard, à force d'innombrables dérogations à son formalisme originaire⁽¹¹⁾. Il fallut la glose des romanistes médiévaux et, par un retour

tout rapport d'obligation (*vinculum juris*) constitué entre individus, et plus spécialement la procédure le constituant. Ce n'est que plus tard que le terme fut employé pour désigner une technique particulière, lorsque GAIUS distingua les obligations nées *ex contractu* de celles nées *ex delicto* (Inst., III, 88). On découvrit alors que cette procédure et le rapport juridique qui en est issu trouvaient eux-mêmes leur source dans l'accord des parties, ou *conventio*, dans le sens que ce terme avait fini par prendre (comp. étym., *supra*, note 4). V. ainsi PEDIUS, au II^e siècle de notre ère, tel que rapporté un siècle plus tard par ULPIN et transcrit in Dig., II, XIV, 1, § 3 : « Il n'y a pas de contractus qui n'ait en soit de conventio, soit qu'il se forme re, soit qu'il se forme verbis. Même la stipulation, contrat verbis, est nulle si elle ne comporte pas le consentement. » (trad. J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, n° 552, p. 808). Au sens le plus exact, le contrat est donc une convention – dorénavant entendue comme accord de volonté – constitutive en tant que telle d'un effet juridiquement obligatoire (comp. lorsque la convention n'est que la condition, nécessaire mais non constitutive, des effets qu'en tire la loi, seule alors à la source : *infra*, n° 128, spéc. note 176 et s.). En ce sens déjà : ULPIN, *loc. cit.* Sur la définition du contrat, v. plus spéc. *supra*, n° 12. Sur la question, lire not. les développements de D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007, p. 119 et s.

(9) La force obligatoire de la volonté avait même trouvé à s'exprimer plus tôt encore dans les autres droits de l'Antiquité. Et, de fait, le principe s'expose déjà chez PLATON (*Le Banquet*, 196 c) puis ARISTOTE (*Rhétorique*, I, XV, 9), lesquels auraient évoqué là une loi répandue à tout le monde hellénique. V. en ce sens L. R. F. GERMAIN, « Les origines helléniques de la notion de contrat », in *Études offertes à Pierre Kayser*, PUAM, 1979, t. I, pp. 471-481.

(10) V. ainsi CICÉRON, *De Officiis* [Les Devoirs], trad. M. Testard, Les Belles Lettres, t. I, 1965, liv. I, chap. VII, § 23 : « Le fondement de la justice est la bonne foi c'est-à-dire la fidélité exacte à la parole donnée et aux engagements pris. » ; SÉNÈQUE, *De Beneficiis* [Des bienfaits], trad. F. Préchac, Les Belles Lettres, 1926, t. I, liv. IV, § 39, où, exposant l'idée de réserve tacite, le philosophe rappelle aussi le caractère obligatoire de la simple promesse : « J'irai à ce dîner, parce que je l'ai promis, même s'il fait froid ; mais non pas s'il neige. Je me montrerai à ce mariage, parce que je l'ai promis, bien que je n'aie pas fini ma digestion ; mais non pas si j'ai de la fièvre. Je fournirai ma caution, parce que je l'ai promis, mais non pas si tu me demandes de la fournir aveuglément, si tu m'engages envers le fisc. » Le principe est consacré au Digeste (II, XIV, 1, *pr.*, d'après Ulpin), et se retrouve encore chez H. GROTIUS, *De jure belli ac pacis* [Le droit de la guerre et de la paix], Paris, 1625, trad. P. Pradier-Fodéré, éd. Guillaumin, 1867, rééd. PUF, 1999, liv. III, chap. XXV, I, pp. 835-836 ; puis S. VON PUFENDORF, *op. cit.* (*supra*, note 3), t. I, liv. III, chap. IV, § II, *in fine*, p. 404 : « C'est donc une des maximes les plus inviolables du Droit Naturel, & de l'observation de laquelle dépend tout l'ordre, toute la beauté, & tout l'agrément de la Vie humaine : QUE CHACUN DOIT TENIR INVIOLEMBENT SA PAROLE, c'est-à-dire, effectuer ce à quoi il s'est engagé par quelque Promesse, ou par quelque Convention. », et encore chap. V, § IX, p. 364. Adde D. HUME, *op. cit.* (*supra*, note 4), liv. III, part. II, sect. 5, p. 638 : « les promesses sont des inventions humaines, fondées sur les nécessités et les intérêts de la société », puis *An Enquiry concerning the Principles of Morals* [Enquête sur les principes de la morale], London, 1751, trad. M. Malherbe, in *Essais et traités sur plusieurs sujets*, t. III, J. Vrin, 2002, III, III, 3.

On ne peut pas manquer d'observer à cet égard à quel point, une fois le consensualisme absorbé par le droit civil avec les autres principes jusnaturalistes, le droit naturel, convoqué jusqu'alors sur toute question juridique, finit par disparaître des traités de droit pour ne plus se confiner aujourd'hui qu'à la seule réflexion métajuridique.

(11) Aux contrats formés *re*, par la remise de la chose, et à ceux formés *verbis* ou *litteris*, par énonciation de la formule, le droit romain classique ajouta quatre autres contrats nommés dits de bonne foi, c'est-à-dire de fidélité à la parole donnée. Puis tous les autres contrats, innommés, formés eux aussi par le seul consentement, furent à leur tour admis comme cause d'action, d'abord en paiement si la contrepartie avait déjà été exécutée, et finalement en l'absence même de commencement d'exécution pour tout pacte adjoint à (*suite p. suiv.*)

au religieux, l'association de la *bona fides* romaine à la foi chrétienne, alors au faite de son influence, pour que le consensualisme émerge finalement en principe juridique. De ces origines anciennes et religieuses, il est resté ce sentiment moral profondément ancré que la parole aurait de toute éternité engagé son auteur⁽¹²⁾, par une confusion probablement marquée avec la condamnation immémoriale du mensonge⁽¹³⁾. On s'est élevé au sacré pour ne pas voir que, au fond, l'évolution avait seulement été commandée par le développement d'un commerce lié à l'expansion sociale⁽¹⁴⁾.

Mais depuis lors, la volonté s'est pleinement imposée comme la source exclusive de l'engagement contractuel : dans la mesure de sa soumission au droit objectif, elle est devenue autonome. Si la forme a pu survivre au sacre du consensualisme, ce n'est plus que subordonnée à celui-ci, désormais affectée pour l'essentiel à garantir l'existence et la perfection de l'accord. Transfuge de la philosophie politique volontariste des XVII^e et

un contrat nommé ou même à un premier pacte nu. De sorte que dans le dernier état du droit romain, la simple réitération ou reconnaissance conventionnelle de l'accord suffisait à en forcer la sanction devant le juge.

(12) V. par ex. L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, 2^e éd., G. Pedone-Lauriel, 1885, t. I, art. 1134, n° 2, p. 379 : « L'obligation qui résulte de tout contrat est préexistante à la loi civile. Le législateur l'a trouvée toute créée, et n'a eu qu'à en régler les détails d'exécution et le mode de poursuite. Que l'homme puisse contracter et s'obliger, c'est la plus grande des nécessités sociales, le plus noble attribut de la liberté et de la moralité humaine. Tout contrat reçoit sa première sanction de la conscience, de même qu'il puise toute sa force dans la volonté des contractants. » ; L. JOSSERAND, « Le contrat dirigé », *DH* 1933, pp. 89-92, spéc. p. 91 : « la force obligatoire des contrats est à la base même de la vie en communauté ; de tout temps, on a considéré que le respect dû à la parole donnée est un des axiomes fondamentaux qui, issus du droit naturel, ont passé dans toutes les législations » V. encore H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Fondements et principes d'un ordre juridique naissant – Essai de philosophie empirique du droit*, Mouton, La Haye, et Maloine, Paris, 1971, pp. 302-304 ; J.-M. TRIGEAUD, « Justice et fidélité dans les contrats », *Arch. phil. dr.*, t. 28, *Philosophie pénale*, 1983, pp. 207-227, spéc. p. 216. Et, au-delà du droit, P. VALÉRY, « La politique de l'esprit », in *Variété*, t. I, Gallimard, 1934, pp. 51-84, et *Œuvres*, Gallimard, Bibl. La Pléiade, t. I, 1957, pp. 1014-1039, spéc. p. 1033 : « Croire à la parole humaine, parlée ou écrite, est aussi indispensable aux humains que de se fier à la fermeté du sol. » Rappelons seulement que si la confiance fonde bien le lien social (v. *supra*, eod. num., in *limine*), elle ne se prêterait à la parole qu'autant que l'on en aura ainsi convenu : il y a eu une société avant d'y avoir une promesse (*ibid.*).

Au point que J. L. AUSTIN crut pouvoir poser pour premier principe de son analyse performative du langage que « notre parole, c'est notre engagement » (*How to do things with words* [*Quand dire c'est faire*], Oxford Univ. Press, 1962, trad. G. Lane, Seuil, 1970, p. 10), et put être critiqué sur ce point par P. BOURDIEU pour avoir occulté le fait que la parole n'engage qu'à la condition de l'existence d'une convention préalable en ce sens (« Le langage autorisé : les conditions sociales de l'efficacité du discours rituel », in *Ce que parler veut dire*, Fayard, 1982, pp. 103-119, puis *Langage et pouvoir symbolique*, Seuil, 2001, pp. 159-173, même si l'auteur tend singulièrement à circonscrire le performatif au seul normatif). Rapp. la juste mesure accordée à la théorie de l'autonomie de la volonté, *infra*, eod. num.

(13) Sur laquelle v. *supra*, eod. num., spéc. note 5. Ce n'est que par rémanence archaïque que, en certaines circonstances, on double toujours sa simple promesse d'un serment : l'impétrant le prête volontiers ; le contradicteur le défère encore, par un singulier pouvoir conféré à un particulier de faire d'une question civile une infraction pénale ; et le témoin sommé par le juge « de dire toute la vérité et rien que la vérité », l'est aussi de répondre « je le jure » plutôt que « je le promets ».

(14) Rapp. en ce sens les théories utilitaristes de BENTHAM, d'après D. DEROUSSIN, « Bentham, l'utilitarisme et le contrat », in *Histoire, théorie et pratique du droit – Études offertes à Michel Vidal*, PU Bordeaux, 2010, pp. 431-453, spéc. p. 441.

XVIII^e siècles⁽¹⁵⁾, la théorie de l'autonomie de la volonté put alors naître au contrat et prétendre en expliquer la force obligatoire⁽¹⁶⁾.

À ce détail près pourtant que ce qui pouvait bien fonder la valeur individuellement contraignante d'une règle sociale démocratiquement adoptée, en permettant de la concilier avec la liberté de chacun, ne justifiait plus rien une fois passé au niveau interpersonnel. La théorie de l'autonomie de la volonté appliquée à la loi avait en effet cette vertu explicative que, dans une société démocratique, l'intéressé a dû consentir, sinon à la règle imposée elle-même, au moins à la désignation des législateurs et, en tout cas, au principe de leur désignation : l'individu est réputé avoir accepté de se soumettre à la volonté générale, et donc au produit de son expression, et cette présomption se justifie parce qu'on lui permet de participer, même indirectement, à son élaboration⁽¹⁷⁾. Or, de volonté générale et de subordination au principe démocratique, il n'est plus question dans la formation du contrat privé : à ce niveau strictement personnel, la théorie de l'autonomie de la volonté n'explique pas la force obligatoire de la convention.

Car c'est une chose de mesurer l'engagement à l'aune de la volonté de son auteur, c'en est une autre de faire de celle-ci la cause du premier⁽¹⁸⁾. On l'a assez dénoncé⁽¹⁹⁾ : si le

(15) Philosophie qui trouva son achèvement chez ROUSSEAU, *Le contrat social*, (préc., note 3), puis chez KANT, qui justifiait la force obligatoire de la règle sociale par l'acceptation individuelle et nécessaire de chacun de ses destinataires (*Fondements de la métaphysique des mœurs*, préc. (*supra*, *ibid.*), *loc. cit.*).

(16) Tel fut bien chez SAVIGNY le sens originnaire de la *Willenstheorie*, qui voulait fonder sur le seul constat de l'existence d'une volonté individuelle la nécessité de lui attribuer une personnalité juridique en même temps que de lui reconnaître les droits qu'elle réclame et les obligations qu'elle se donne. V. par ex. *System des heutigen römischen Rechts* [*Traité de droit romain*], 2^e éd., Veit, Berlin, t. I, 1840, trad. Ch. Guénoux, éd. F. Didot, 1855, § LIII, p. 324 : « On peut définir le rapport de droit : le domaine de la volonté libre ». V. encore, et surtout peut-être, B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 7^e éd., Düsseldorf, 1891, § 69, p. 267, note 1, et « Wille und Willenserklärung », *Arch. für die civ. Praxis*, t. LXIII, 1880, p. 72. Et ce n'est pas autrement que le droit international privé justifia à la même époque d'octroyer aux parties contractantes le pouvoir exorbitant d'écarter les règles d'ordre public de la loi normalement applicable.

(17) Peu important d'ailleurs que quelques uns puissent préférer ne pas user de ce droit, voire prôner même l'instauration d'un régime politique qui le leur reprendrait : si l'on peut être privé d'une liberté, on ne peut soi-même y renoncer. Mais justifiant la subordination de la volonté individuelle à la volonté générale, la théorie ne justifie en revanche plus rien quant au choix de cette forme de gouvernement, pour cette raison constante que la volonté, même générale, ne s'oblige pas toute seule.

(18) S'engager à la condition de l'avoir voulu n'implique pas d'être engagé *parce que* on l'a voulu.

(19) V. ainsi J. ROUSSEIER, *op. cit.* (*supra*, note 5), p. 8 : « de ce que le droit canon consacre le libre arbitre et rattache l'engagement à la volonté, on n'est pas autorisé à conclure que la volonté suffit à expliquer l'obligation : l'acte de volonté n'est que l'occasion qui va permettre à une règle supérieure de saisir le débiteur. » ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, 2009, n° 28, p. 33 : « le contrat tire sa force, non de lui-même, mais d'une norme qui lui est extérieure. Le pouvoir reconnu aux volontés individuelles n'est pas originnaire, mais dérivé. [...] La force obligatoire ne vient donc pas de la promesse, mais de la valeur que le droit attribue à la promesse. » ; R. SACCO, « Liberté contractuelle, volonté contractuelle », *RIDC* 2007, pp. 743-760, spéc. p. 754 : « L'autonomie commence là où le droit met à la disposition du sujet un ou plusieurs procédés [...] permettant au sujet de créer la règle envisagée. » ; et p. suiv. : « Exercer son autonomie ne signifie point « vouloir ». Exercer son autonomie signifie avoir recours à l'instrument que la règle de droit prévoit pour ce but, cela signifie, logiquement, utiliser l'instrument selon les règles qui son établies pour cette utilisation. » Et déjà ARISTOTE, *loc. cit.* (*supra*, note 3) : « ce ne sont pas les conventions qui font la validité des lois mais ce sont les lois qui font la validité des conventions légales » ; Th. HOBBS, *op. cit.* (*supra*, note 3), p. 173 : « Les conventions sans le glaive ne sont que des paroles, dénuées de la force d'assurer aux gens la moindre sécurité ». Et encore, en Allemagne, A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, Erlangen, 1871, t. II, § 312, p. 1388, et t. IV, § 522 ; E. ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft – Eine psychologisch-juristische Untersuchung*, Leipzig, 1879, p. 244 ; ENNECCERUS, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, 1888, § 15, p. 152.

contrat est obligatoire, c'est, juridiquement au moins⁽²⁰⁾, parce que la loi en dispose ainsi, et non parce que les parties l'ont voulu⁽²¹⁾. Faute d'une telle règle générale et supérieure, la libre volonté vaguerait toujours au gré de sa liberté, sans jamais pouvoir se fixer⁽²²⁾. Il pourra bien y avoir un engagement en fait⁽²³⁾, il n'y en aura jamais un en droit.

Reste que pour n'être pas en la matière un fondement, et donc guère une théorie, sinon purement axiologique, l'autonomie de la volonté n'en exprime pas moins avec force le principe consensualiste⁽²⁴⁾. Elle est un dogme, car elle pose sans expliquer⁽²⁵⁾ ; mais elle est aussi un système, car l'ensemble des règles du droit des contrats lui est subordonné⁽²⁶⁾.

(20) Pour une explication historique et sociologique, v. *supra*, *eod. num.* Le tout se résume alors comme suit, d'après J. DABIN, « Autonomie de la volonté et lois impératives, ordre public et bonnes moeurs », *Ann. dr. et sc. pol. Louvain*, 1940, pp. 190-247, n° 6, pp. 196-197 : « *Ce n'est pas à dire que, dans ses manifestations concrètes, la volonté puisse revendiquer une autonomie illimitée, sans contrôle ni cantonnement. Mais il reste que, dans la mesure où l'autonomie lui est reconnue, elle est apte à produire des règles issues de son propre fonds et obligatoires par sa seule force. Cependant, techniquement, en tant que sur le plan du droit positif, des effets légaux ne sauraient se produire sans le concours de la loi, l'acte juridique est dans la dépendance de celle-ci : se vertu propre ne se réalise, au sens de réalisation effective, qu'avec la permission et avec l'aide de la loi. Source légitime de règlement selon le droit non écrit, la volonté ne devient source légale que par le décret de l'autorité publique qui l'élève au rang de source créatrice de droit positif.* »

(21) Car, au fond, dire que les parties sont engagées parce qu'elles l'ont voulu, ce n'est rien dire de plus que leur volonté les oblige parce que... leur volonté les oblige. Avant Kelsen, v. déjà sur ce point E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, th. Dijon, 1912, p. 344 : « *entre le « je veux » et le « je dois » [...] le saut est infranchissable* ». Il n'y a rien d'autre là, en somme, que l'application de la loi de HUME au fait que constitue la volonté : v. D. HUME, *op. cit.* (*supra*, note 4), liv. III, part. I, sect. 1, p. 585. Il suffit d'ailleurs de rapprocher la volonté contractuelle de la volonté politique pour saisir toute la mesure de la contradiction : comment la loi, dans ses dispositions impératives, pourrait-elle encore s'imposer aux stipulations contraires d'un contrat si l'on devait fonder la force obligatoire des unes et des autres sur la volonté du même individu ? Si cette volonté expliquait la force obligatoire du contrat, celui-ci devrait primer toute disposition légale puisque résultant d'une volonté qui, directement et ultérieurement exprimée, serait logiquement propre à renverser la présomption sur laquelle reposerait la force de la loi.

(22) V. ainsi E. GOUNOT, *op. cit.* (*supra*, note préc.), pp. 345-346 ; G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965, n° 113, p. 407 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *loc. cit.* (*supra*, note 19).

(23) Les travaux des psychosociologues menés depuis les années 1960 sur la théorie de l'engagement ont montré que l'expression de la volonté engage avant tout au regard d'un principe de cohérence de l'auteur par rapport à lui-même, qui ne souhaite pas passer pour inconséquent aux yeux des autres (R. CIALDINI, *The Psychology of Persuasion*, 2nd ed., HarpersCollins, 1993, trad. N. Garde et M.-C. Guyon, *Influence & manipulation*, First, 2004, p. 79), et que c'est la raison pour laquelle l'engagement ne peut exister qu'en présence d'une « *instance attributive* », c'est-à-dire d'un tiers témoin de la déclaration (R.-V. JOULE et J.-L. BEAUVOIS, *La soumission librement consentie*, 6^e éd., PUF, 2009, p. 60). Il a également été observé que l'engagement ressenti était plus ou moins important en fonction de son coût, de ses conséquences, de son caractère explicite ou implicite, de sa nature irrévocable ou non, de sa conformité aux actes passés de l'auteur, du niveau d'identification de cet auteur, du degré de liberté de ce dernier dans sa décision, et des causes de l'acte selon qu'elles sont internes à l'auteur ou externes à sa personne (C. KIESLER and J. SAKUMURA, « A test of a model for commitment », *Journal of Personality and Social Psychology*, 1966, n° 3, pp. 349-353, puis C. KIESLER, *The Psychology of Commitment*, Academic Press, New York, 1971 ; R.-V. JOULE et J.-L. BEAUVOIS, *op. cit.*, p. 64).

(24) Le concept d'autonomie de la volonté fédère les trois grands principes contractuels que sont le consensualisme, qui régit la formation des contrats, la force obligatoire des conventions, qui en conditionne l'effet, et la liberté contractuelle, qui gouverne autant le choix de contracter et de son cocontractant que celui du contenu et de la forme de l'accord. Les interactions sont du reste nombreuses entre ces trois principes directeurs. Ainsi, le consensualisme est déjà une expression de la liberté contractuelle quant au choix de la forme donnée à l'expression des volontés contractantes, et la force obligatoire des conventions postule elle-même la formation consensuelle de l'engagement puisqu'une convention ne se définit pas autrement que comme un simple accord de volonté, dépourvu de toute forme constitutive.

(25) En ce sens, v. par ex. V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, th. Chambéry, 2002, LGDJ, Bibl. dr. privé., t. 480, 2007, n° 484, p. 350.

(26) *Passim* : un formalisme limité à la protection du consentement ou à la preuve de l'engagement ; la liberté contractuelle, dans toutes ses dimensions (v. *supra*, *eod. num.*, note 24) ; un intérêt contractuel qu'il

Cette seule raison suffit à en rendre le principe, bien compris, incontestable. Et les assauts législatifs et doctrinaux successivement jetés contre cette citadelle du droit civil ne l'ont jamais sérieusement ébranlée⁽²⁷⁾ : la volonté des parties n'en reste pas moins aujourd'hui l'essence de leur engagement⁽²⁸⁾. En quoi il importe d'examiner le processus par lequel il se constitue.

§ 2 – Le processus volitif

117. L'élaboration de la volonté – Si la volonté est une faculté, elle est aussi un acte. On parle alors de *volition*, laquelle désigne aussi bien l'action de vouloir que son résultat⁽²⁹⁾. Car la volonté s'édifie : son élaboration suit un cheminement qui la mène de sa *conception* à sa réalisation.

En premier lieu en effet, l'intéressé conçoit des éléments de réflexion qui viennent à lui comme autant de motifs d'action. En second lieu, il articule et confronte ces motifs : c'est alors le stade de la *délibération*⁽³⁰⁾. Puis la délibération aboutit au choix : c'est la *décision*⁽³¹⁾. Celle-ci prise, son auteur est dorénavant mu par une *intention*⁽³²⁾ :

n'appartient qu'au contractant d'apprécier, d'où l'exclusion de principe de la rescision pour lésion et la validité des libéralités contractuelles ; la protection de la volonté par des régimes d'incapacité et la théorie des vices du consentement, au sein de laquelle l'action est réservée au seul contractant protégé tout en lui permettant de confirmer à discrétion son engagement ; la protection encore, et plus généralement, du consentement réputé le moins éclairé ou le plus vulnérable ; la prohibition de principe de toute réfection judiciaire du contrat, sauf à la fonder justement sur la volonté présumée des parties ; une interprétation tendue vers la découverte de cette volonté ; la présomption selon laquelle la loi n'intervient en la matière que pour y suppléer ; l'effet relatif des conventions, qui ne peuvent obliger celui qui n'a rien voulu ; le principe de l'exécution en nature plutôt que par équivalent, dans le respect le plus strict de la volonté contractuelle des parties ; etc.

(27) Étant entendu que ne peuvent être comprises comme de véritables atteintes à l'autonomie de la volonté les réglementations qui, destinées justement à protéger le consentement du contractant vulnérable, n'ont jamais fait qu'organiser le processus de formation du contrat, sans en déterminer le contenu.

(28) V. J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les Obligations*, 22^e éd., PUF, 2000, n° 16, p. 53 : « L'autonomie de la volonté n'en conserve pas moins, même aujourd'hui, valeur de principe » ; ou encore Assoc. H. Capitant, *Les droits de tradition civiliste en question – Réponse au Rapport Doing Business de la Banque mondiale*, SLC, 2006, p. 99. Rapp. égal. Ph. BRUN, « Nouvelles controverses : la doctrine dans tous ses états », in *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations*, colloque Chambéry, 10 déc. 2004, dir. G. Pignarre, Dalloz, 2005, pp. 145-164, n° 32, p. 157, qui pose au moins la question, sous forme de constat : « comment cette cathédrale peut-elle encore tenir debout après tant d'assauts doctrinaux ? »

(29) V. E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, Hachette, 1883-1884, v° Volition : « La volonté est la faculté de vouloir ; la volition est un acte de la volonté. »

(30) Quoiqu'il n'y ait délibération que pour les actions réfléchies, ou *pré-méditées*, car, pour tout acte impulsif, l'auteur décide et réalise immédiatement son action dès le germe de sa conception. V. sur ce point P. RICŒUR, *Le volontaire et l'involontaire*, th. Lettres, Paris, 1949, Aubier, 1950, rééd. in *Philosophie de la volonté*, t. I, Aubier, 1988, « Agir : la motion volontaire et les pouvoirs », p. 187 et s.

(31) On parle aussi de *résolution*, en ce que la délibération se résout dans la décision.

(32) Dès lors que l'auteur délibère, l'action sera toujours précédée d'une intention, ne serait-ce que parce que la délibération ne s'élabore elle-même que sur la base d'une intention mise en hypothèse (v. *infra*, eod. num., spéc. note suiv., *in fine*). Pour que la volonté existe sans intention, il faut donc, d'une part, que l'auteur se soit décidé sans délibérer et que, d'autre part, il évince *a posteriori* encore toute réflexion en exécutant immédiatement sa décision. À défaut de cette instantanéité d'action et de simultanéité des phases volitives, on présumera que l'acte fut à quelque moment réfléchi et l'intention constituée. Notons d'ailleurs qu'il suffira au

(suite p. suiv.)

celle d'agir conformément à sa volonté, à présent édifée⁽³³⁾. Cette action constitue l'expression de la volonté⁽³⁴⁾, et cette expression, quelle que soit sa forme⁽³⁵⁾, est constitutive de la volition. Sans elle, il pourra bien y avoir une volonté mais, confinée au seul for intérieur, elle restera au stade préalable et stérile de la simple velléité, sans jamais se traduire en acte. Comme telle, elle ne pourra pas valoir engagement⁽³⁶⁾.

cas d'actes réalisés par habitude que la délibération de l'auteur ait eu lieu la première fois pour rendre tous les actes suivants aussi intentionnels que le premier.

(33) Sur cette chronologie, v. déjà ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, trad. J. Voilquin, GF, 1961, III, II, 16 et 17, et III, 17 à 19, spéc. 19 : « nous prenons une décision, après délibération préalable, et nous tendons vers sa réalisation conformément à cette délibération. » ; THOMAS D'AQUIN, *op. cit.* (*supra*, note 5), Iae-IIae, « Les actes humains », quest. 13 à 15 ; H. BERGSON, *Cours*, vol. I, *Leçons de psychologie et de métaphysique*, Clermont-Ferrand, 1887-1888, publ. H. Hude, 2^e éd., PUF, 1999, *Cours de psychologie*, 38^e leçon, « La volonté », pp. 248-249, où il est dit que « tout acte volontaire suppose, plus ou moins distinctes, quatre phases successives » : 1^o « conception des divers motifs », 2^o « la délibération », 3^o « le choix », 4^o « l'effort » ou « exécution ». Et pour son application à la formation du contrat, v. T. R. IONASCO, « De la volonté dans la formation des contrats », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Sirey, 1934, t. II, pp. 368-378, *in limine* ; N. CHARDIN, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, th. Strasbourg, 1987, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 199, 1988, n^{os} 69 à 80, pp. 58-68.

Comp. cep., estimant que la décision peut aussi précéder la délibération, H. BERGSON, *Essai sur les données immédiates de la conscience*, th. Lettres, Paris, 1889, PUF, 1997, chap. III (~fin 1^{er} quart) : « En nous interrogeant scrupuleusement sur nous-mêmes, nous verrons qu'il nous arrive de peser des motifs de délibérer, alors que notre résolution est déjà prise. Une voix intérieure murmure : « pourquoi cette délibération ? tu en connais l'issue, et tu sais bien ce que tu vas faire. » ; J.-P. SARTRE : « Quand je délibère, les jeux sont faits ; il ne s'agit plus que de refuser ou d'accepter l'exécution » (*L'Être et le Néant*, Gallimard, 1943, p. 505). Manifestement, cette thèse relève d'une confusion : la prétendue décision qui présiderait à la délibération n'en est pas une ; elle n'est qu'une hypothèse, que l'intéressé développera mentalement afin de forger son opinion, peu important que celle-ci vienne finalement la confirmer. D'ailleurs, on ne délibère jamais qu'ainsi : la décision ne sera acquise que lorsque son auteur aura cessé de soumettre l'hypothèse en cours au feu des conséquences envisagées et des arguments contraires, lesquels, gage de rationalité, lui paraîtront avoir été tous épuisés. Et s'il vient à remettre son choix en cause, ce sera parce qu'un élément de réflexion lui aura échappé ; en ce cas, c'est le processus en son entier qui reprendra à son début.

(34) Les auteurs parlent aussi, pour cette dernière phase, d'exécution (v. par ex. *supra*, note préc.). En matière contractuelle toutefois, le mot prête à équivoque, par risque de confusion avec l'exécution du contrat lui-même : mettre sa décision à exécution consiste seulement, dans un système consensualiste, à faire connaître sa volonté à son cocontractant, et non à exécuter déjà le contrat. Il n'est que lorsque le consentement s'exprime tacitement à travers le paiement demandé que l'exécution de la décision se joint à celle de son objet. L'expression est mieux adaptée au droit pénal, où cette dernière étape se divise alors elle-même entre le commencement d'exécution et la consommation de l'infraction.

(35) Lorsque la volonté s'exprime par un moyen exclusivement destiné à cette fin, c'est-à-dire exprès, on parle, au sens le plus strict, de *déclaration*. Mais la volonté, même celle de s'obliger, peut aussi se manifester de façon incidente, c'est-à-dire tacite, par tout autre moyen, seul important que son auteur ait encore voulu exprimer ce faisant un engagement (v. *infra*, n^o 138, *in limine*). Dans cette mesure, il s'agit donc toujours, même en un sens plus large cette fois, d'une déclaration, laquelle se comprend ainsi comme toute extériorisation intentionnelle d'une volonté. V. en ce sens R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté – Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, F. Pichon, 1901, art. 133, n^o 61, p. 220 : « Ce qu'il faut dire, c'est que la déclaration ne consiste pas seulement dans les termes qui l'expriment, mais dans tout le milieu de circonstances ambiantes d'où elle est issue et auxquelles elle se rattache. »

(36) V. ainsi Th. RIBOT, *Les maladies de la volonté*, F. Alcan, 1882, p. 37 : « Il ne faut jamais oublier non plus que vouloir c'est agir, que la volition est un passage à l'acte. Réduire, comme on l'a fait quelquefois, la volonté à la simple résolution, c'est-à-dire à l'affirmation théorique qu'une chose sera faite, c'est s'en tenir à une abstraction. Le choix n'est qu'un moment dans le processus volontaire. S'il ne se traduit pas en acte, immédiatement ou en temps utile, il n'y a plus rien qui le distingue d'une opération logique de l'esprit. » On peut discuter sans fin sur la question de savoir si la volonté est déjà totalement constituée avant même son expression, auquel cas l'intention serait une volonté à part entière, ou si elle doit encore être exprimée pour valoir comme telle ; le fait est que lorsqu'il s'agit de s'engager, la simple velléité ne suffit plus : la volonté doit se faire volition pour obliger son auteur. V. ainsi H. GROTIUS, *op. cit.* (*supra*, note 10), liv. II, chap. XI, sect. XI, p. 326 : « En ce qui touche la manière de promettre, elle exige [...] un acte externe, c'est-à-dire un signe suffisant de volonté » ; J. CARBONNIER, *op. cit.* (*supra*, note 28), n^o 32, p. 82 : « l'essentiel du consentement, c'est la volition, le déclin qui transforme en acte juridique un projet jusqu'alors
(suite p. suiv.)

Car la déclaration est de l'essence même de l'engagement : on ne se promet rien à soi seul. Les résolutions que l'on prend dans le silence de sa conscience ne sont pas des engagements : elles ne sont encore que des décisions⁽³⁷⁾. Qu'on les exprime, et alors seulement on se trouvera engagé à l'égard de celui qui les a entendues⁽³⁸⁾. La déclaration revêt ainsi une tout autre valeur que probatoire : il ne s'agit pas seulement de se donner le moyen de prouver l'existence de la volonté immanente, qui seule importerait, mais bien de former substantiellement l'engagement en même temps qu'on le prononce⁽³⁹⁾. La chose est connue et dite : seuls les actes nous engagent⁽⁴⁰⁾.

Pour ce faire, l'auteur doit se dessaisir de sa volonté, c'est-à-dire l'extérioriser de façon à ce qu'elle puisse être reçue par son destinataire sans nouvelle action de sa part. De cet

dépourvu d'effets de droit. » ; F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, th. Paris, 1955, LGDJ, 1956, n° 209, p. 196 : « Faute d'extériorisation la volonté n'est encore que provisoire. » Adde L. ATTUEL-MENDES, *Consentement et actes juridiques*, th. Paris II, 2006, Litec, coll. Droit de l'entreprise, t. 77, 2008, n° 112, pp. 66-67, qui réfute l'assimilation de la volition à une simple décision telle qu'elle s'opérerait chez DUGUIT. Et pour le droit anglo-américain, v. M. FURMSTON, *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*, 15^e éd., Oxford Univ. Press, 2006, p. 38 : « *agreement, however, is not a mental state but an act, and, as an act, is a matter of inference from conduct. The parties are to be judged, not by what is in their minds, but by what they have said or written or done* ».

(37) V. *supra*, *eod. num.*, spéc. note 31. Sur cette distinction entre résolution et promesse, v. not. E. A. FARNSWORTH, *ouvr. et art. préc.* (*supra*, note 28), spéc. pp. 319-320.

(38) « *Finalement, la parole ne lie pas son auteur en elle-même, mais parce qu'elle est dirigée vers un destinataire.* » (V. FORRAY, *op. cit.* (*supra*, note 25), n° 117, p. 79).

(39) À telle enseigne que l'on ne fait pas rétroagir la déclaration au jour de la décision antérieure de son auteur, quand bien même sa volonté eût-elle déjà été certaine à cette date.

Pour cette valeur constitutive de la déclaration, v. M. HAURIOU et G. DE BEZIN, « La déclaration de volonté dans le droit administratif français », *RTD civ.* 1903, pp. 543-586, n° 13, p. 585, pour qui « *Toute extériorisation de volonté est donc la source d'une responsabilité morale. Or cette responsabilité morale est à son tour la base des obligations juridiques et des droits.* » ; J. DOLLAT, *Les contrats d'adhésion*, th. Paris, 1905, p. 19, au sujet de l'offre : « *nous considérons en effet que l'offre réside non dans la volonté de son auteur mais uniquement dans la déclaration qu'il en fait et que cette déclaration n'est pas seulement la preuve de l'offre mais la condition même de son existence.* » ; G. DEREUX, *De l'interprétation des actes juridiques privés*, th. Paris, 1905, pp. 433-443 ; E. SALLE DE LA MARNIERRE, *L'évolution technique du contrat et ses conséquences juridiques*, th. Paris, 1930, n° 112, p. 311 : « *la volonté juridique se différencie de la volonté pure et simple, et comprend non seulement l'intention mais aussi la manifestation de cette intention.* » ; J. CHABAS, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, th. Paris, 1931, pp. 50-54, qui conclut p. 54 : « *le principe [de l'autonomie de la volonté] est resté ce qu'il était : la consécration de la toute puissance de la volonté libre car l'extériorité n'est qu'une condition de la perfection de la volonté. Ce qui serait une atteinte au principe, serait justement de considérer une volonté non exprimée comme volonté juridique car ce serait donner une force juridique à un état psychologique qui n'est pas encore une volonté.* » ; R. MOREL, *Étude de quelques problèmes relatifs à la formation et à la force obligatoire des contrats*, Les Cours de droit, Paris, 1948-1949, p. 45 ; P. GODÉ, *Volonté et manifestations tacites*, th. Lille, 1973, PUF, 1977, qui introduit son sujet en considérant que « *les rapports qui existent entre la volonté interne et ce qui en apparaît aux tiers sont si étroits que, peut-on dire, la manifestation fait partie intégrante de la volonté juridique.* » (n° 1, p. 12), et le clôt ainsi : « *la volonté juridique est une volonté qui va au-devant de la règle juridique, qui se porte dans le domaine du droit pour y produire effets. La volonté juridique n'existe que du jour où elle s'exprime intentionnellement.* » (n° 248, p. 256) ; H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations – Théorie générale*, 9^e éd., par F. Chabas, Montchrestien, 1998, n° 130, p. 123 : « *L'efficacité de la volonté suppose donc, en droit français, son existence réelle (volonté interne) et sa manifestation (déclaration de volonté).* » ; L. ATTUEL-MENDES, *op. cit.* (*supra*, note 36), *passim*, not. n° 236, pp. 149-150, et n° 265, pp. 168-169. Sur la dialectique entretenue entre volonté interne et volonté déclarée, v. *infra*, n° 118.

(40) La seule intention n'est jamais sanctionnée en tant que telle par le droit : elle ne l'est que comme fait accessoire d'un acte qu'elle engendre. Il n'en va pas autrement en droit pénal, qui ne punit la tentative qu'à partir du moment où l'auteur a commencé à agir pour n'être empêché que par un événement fortuit (C. pén., art. 121-5).

instant, la volition sera émise et poursuivra seule sa carrière⁽⁴¹⁾. Il en résulte que celui qui ne peut manifester sa volonté ne peut contracter sans le concours d'un représentant, quelle que soit la certitude de ses intentions⁽⁴²⁾. Et il s'ensuit encore que la simple déclaration d'intention faite à un autre que le destinataire ne vaudra pas engagement⁽⁴³⁾, tant du moins que son auteur n'aura pas pris ce tiers pour représentant de l'intéressé⁽⁴⁴⁾, non plus qu'autorisé, même implicitement, à lui transmettre le message⁽⁴⁵⁾. Plus généralement, la volition manquera lorsqu'elle aura été exprimée en connaissance de l'impossibilité pour son destinataire de la recevoir⁽⁴⁶⁾.

(41) V. not. E. DURKHEIM, *Leçons de sociologie*, PUF, 1950, Seizième leçon, p. 217 : « les volontés ne peuvent se lier qu'à condition de s'affirmer extérieurement, de se produire au-dehors. » ; puis Dix-septième leçon, p. 230 : « Notre parole une fois donnée n'est plus la nôtre. » Et encore A. SÉRIAUX, *Droit canonique*, PUF, 1999, n° 259, b, p. 653 : « Une fois la parole donnée, elle nous échappe : elle appartient à autrui, qui l'a reçue. » La volition existe donc du jour de son émission ; mais cela n'empêche pas à l'occasion de retarder son effet à sa réception (v. not. *infra*, n° 161, au sujet de l'offre).

(42) On peut, pour cette raison, porter une appréciation réservée sur les quelques décisions qui ont voulu déduire l'existence d'un engagement de la seule intention apparente de l'intéressé, faute pour lui de pouvoir l'exprimer. V. par ex. 1^{re} civ., 22 janv. 1968, *Bull.*, I, n° 27 ; D. 1968, p. 309 ; JCP 1968, II, 15442, obs. R. L. ; RTD civ. 1968, p. 538, obs. R. Nerson, qui approuve la cour d'appel d'avoir constaté le consentement au mariage de celui qui, ne pouvant plus l'exprimer par suite d'un accident, paraissait, à travers son regard et ses larmes, le vouloir encore. Si de tels signes peuvent bien trahir une intention, on ne voit pas qu'ils dussent passer comme moyens de déclarer sa volonté (sauf à s'assurer, par l'instauration préalable d'un code convenu en ce sens avec l'entourage, que ces signes, ou du moins celui d'entre eux qui puisse se contrôler, aient été volontairement émis à cette fin).

(43) En ce sens, v. par ex. E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, pp. 34-35. Et en jurisprudence : Com., 15 mai 1990, pourvoi n° 88-19453, à propos d'une lettre d'intention communiquée au notaire plutôt qu'à l'autre partie. En conséquence, l'interlocuteur qui prétendrait transmettre à l'intéressé la déclaration ainsi reçue sans y avoir été autorisé par son auteur, même tacitement, ne ferait connaître qu'un engagement inexistant. Solution naturelle qui implique pour le tiers récepteur de ne pas prendre à la lettre le message qui lui serait transmis par un intermédiaire : il devra encore s'enquérir de sa réalité auprès de l'auteur annoncé si celle-ci n'est pas au moins probable. Et si l'intermédiaire prétendait émettre lui-même l'engagement en qualité de représentant, c'est cette fois son défaut de pouvoir qui justifierait l'inefficacité de sa déclaration : v. *infra*, n° 172.

(44) Rapp. 1^{re} civ., 12 févr. 1991, *Bull.*, I, n° 62 ; RTD civ. 1991, p. 525, obs. J. Mestre, qui juge que la rétractation effectuée par un emprunteur auprès d'un tiers valait comme telle si ce dernier pouvait passer pour mandataire apparent du prêteur.

(45) V. ainsi au cas d'élection de domicile en l'étude d'un huissier de justice : 3^e civ., 28 mars 2007, *Bull.*, III, n° 51 ; RTD civ. 2007, p. 792, obs. P.-Y. Gautier. C'est sur le fondement d'une telle présomption que l'on peut admettre que l'acceptation donnée d'un cautionnement par le créancier à son débiteur principal suffise à obliger le fidéjusseur : v. en ce sens, Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, 3^e éd., Litec, 2000, n° 129, pp. 126-127.

(46) Ainsi le courrier rédigé mais non envoyé par son auteur n'oblige-t-il pas celui-ci, quand bien même serait-il plus tard découvert par son destinataire. S'il en va autrement pour d'autres messages, c'est que ceux-ci ne nécessitent pas d'être envoyés pour se laisser voir, leur dessaisissement opérant alors au moment où le destinataire sera susceptible d'en prendre connaissance : le mot déposé à l'attention de celui qui passera par là vaudra volition dès l'instant où son auteur sera parti ; le legs olographe rédigé pour le jour de sa mort ne vaudra comme tel que ce jour venu si le *de cuius* l'a conservé jusqu'alors dans le secret de sa chambre, et sa révocation, intervenant sur un acte encore éventuel plutôt que conditionnel, n'en sera pas vraiment une. De même, celui qui exprime verbalement une proposition en sachant que son interlocuteur ne peut l'entendre – pour quelque raison que ce soit (jeu pour le premier, surdité, environnement bruyant ou langage étranger pour le second) – n'émet ce faisant aucune offre. Non pas parce que le destinataire n'a pas connu la déclaration, mais parce que l'auteur lui-même savait que l'intéressé ne pouvait pas la connaître. Raison pour laquelle, au bout de l'hypothèse, il ne suffirait pas à l'étranger de comprendre la langue parlée, ou à la personne malentendante de parvenir à déchiffrer le message en lisant sur les lèvres de son locuteur, si cette faculté avait échappé à celui-ci. Si à l'inverse, et plus souvent alors, le déclarant ignorait que son destinataire ne l'entendait pas, son engagement existera bien, susceptible seulement de rétractation (sur laquelle v. spéc.,

118. Volonté réelle et volonté apparente – La déclaration érigée en condition constitutive de l'engagement, reste à déterminer ce qui, au sein même de cette déclaration, doit prévaloir entre la signification que son auteur a voulu lui donner et celle que son message laisse entendre. Autrement posé, faut-il privilégier, entre la source interne et la forme externe, la déclaration voulue ou la volonté déclarée⁽⁴⁷⁾, la volonté réelle ou la volonté apparente ?

Il fut classique d'opposer sur cette question le droit français, qui aurait privilégié la volonté réelle⁽⁴⁸⁾, au droit allemand, qui aurait assuré pour sa part le respect de la seule volonté apparente⁽⁴⁹⁾. Mais on a pu faire tôt observer que le droit allemand n'a jamais exclu de rechercher aussi, et peut-être même d'abord, la volonté véritable de l'auteur⁽⁵⁰⁾, de même

en ces circonstances, *infra*, n° 218). Pour ces solutions, v. G. COUSIN, *Des contrats entre absents en droit romain et en droit français*, th. Paris, 1886, n° 43, pp. 129-130.

Autre exemple : l'offrant qui renvoie à des stipulations qu'il sait inaccessibles, ou trop difficilement, à leur destinataire n'a en réalité pas voulu les lui faire connaître, si bien que son offre ne les contiendra pas. Rapp. en ce sens PDEC, art. 2:104, et Principes Acquis, art. 6:201 (1) et (4). *A fortiori* en irait-il autant si ces clauses n'avaient pas même été communiquées au jour de l'acceptation. V. par ex. Com., 19 juill. 1971, *Bull.*, IV, n° 210, qui écarte de la convention une clause attributive de compétence contenue dans un document expédié après la conclusion du contrat ; 28 avril 1998, pourvoi n° 95-20290 ; *RJDA* 1998, n° 938, pour l'inopposabilité de conditions générales transmises après une acceptation qui portait la mention « Régularisation suit ». Mais si l'auteur ignorait que ces stipulations, existantes par ailleurs, avaient été rendues fortuitement inaccessibles, il faudrait au contraire admettre que son offre les contenait, restant seulement à déterminer si le cocontractant a voulu inclure à la convention des clauses dont il n'a pas eu connaissance. Sur cette autre question, v. *infra*, n° 227.

Sur ce rapport tendu entre la conscience de l'auteur de la possible réception de sa déclaration et le sentiment né chez lui de se trouver obligé, v. Ch. A. KIESLER, *The Psychology of Commitment – Experiments linking behavior to belief*, Academic Press, NY, 1971 ; S. MICHAUX, « La formation du contrat : pour un rapprochement entre psychologie et droit », in *Le processus de formation du contrat*, dir. M. Fontaine, Bruylant/LGDJ, 2002, pp. 789-847.

(47) Étant entendu que, passé la formule, le terme de *volonté déclarée* est notablement équivoque : il s'agit bien d'évoquer par là la déclaration dans son seul aspect formel et non pas dans son sens plein puisque, au fond, toute déclaration est aussi et d'abord constituée par une volonté réelle qui la sous-tend. Raison pour laquelle il est captieux d'opposer, comme de tradition pourtant, volonté réelle et volonté déclarée.

(48) Invoquant en premier lieu la règle générale d'interprétation posée à l'article 1156 du Code civil. Il est curieux de remarquer à cet égard comment, de dispositions sensiblement similaires (comp. en effet les art. 1156 et 1159 du Code civil avec les §§ 133 et 157 du BGB), la doctrine allemande aurait déduit le principe exactement contraire (v. *infra*, note suiv.).

(49) Argument pris que la *Erklärungstheorie* (W. RÖVER, *Über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärung*, Rostock, 1874 ; R. SCHALL, *Der Parteiville im Rechtsgeschäft*, Stuttgart, 1877 ; O. BÜLOW, *Das Geständnisrecht*, Freiburg, 1899) aurait triomphé dans la rédaction du code civil allemand. Sauf que, précisément, le BGB posait clairement le principe contraire de l'interprétation subjective de toute déclaration de volonté (§ 133), n'autorisant l'objectivation de cette interprétation que pour les contrats d'affaires (§ 157). C'est bien plutôt la doctrine et la jurisprudence ultérieures qui ont démesurément enflé le domaine du second aux dépens du premier, et fini par renverser ainsi le principe herméneutique formulé par ce code. Sur cette subversion doctrinale, v. not. A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, th. Strasbourg, 1958, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 19, 1961, n°s 375 à 390, pp. 368-384, et n°s 408 à 419, pp. 407-420.

(50) V. par ex. T. R. IONASCO, art. préc. (*supra*, note 33), qui, après avoir insisté sur les concessions faites par le système allemand à la volonté réelle (dont l'erreur vice du consentement et la transmission inexacte de la déclaration aux §§ 119 et 120 du BGB, les principes d'interprétation des §§ 133 et 157, l'inefficacité de la déclaration émise par plaisanterie au § 118, la prévalence de l'acte dissimulé sur celui simulé au § 117, les conditions subjectives de la conversion au § 140, etc.), conclut p. 375 : « Aussi la différence pratique entre les systèmes français et allemand est insignifiante [...], car c'est toujours la volonté interne qui compte. » ; A. RIEG, *loc. cit.* (*supra*, note préc.), spéc. n° 378, p. 372 : « Le BGB, comme notre Code civil, accepte la prédominance de la volonté psychologique sur son expression matérielle. » ; C. WITZ, *Droit privé allemand – Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec, 1992, n°s 81 et 82, pp. 88-89, où l'auteur rappelle que, en droit allemand aussi, l'élément subjectif est la

(suite p. suiv.)

que, à l'inverse, le droit français n'a jamais pu se contenter de se référer à la seule intention du déclarant, sous peine de nier les intérêts non moins légitimes du destinataire⁽⁵¹⁾. De telle sorte que les principes sont partout communs : il s'agit d'avoir égard à la volonté réelle de l'auteur telle qu'elle pouvait être perçue par son destinataire⁽⁵²⁾.

Du principe premier de cette règle, il s'infère que, face à une déclaration, on s'attachera d'abord à découvrir ce qu'a voulu son auteur⁽⁵³⁾. A-t-il souhaité s'engager en droit⁽⁵⁴⁾ ? A-t-il

première condition constitutive de toute déclaration de volonté ; F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales des contrats*, th. Toulouse, 2003, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 412, 2004, n° 317, p. 167, qui conclut : « En vérité, la théorie de la déclaration est aussi peu allemande que la théorie de la volonté française. » Sur la question, v. égal. P. ANCEL, « Acte juridique et déclaration de volonté : la greffe allemande sur le droit français des obligations », in *Traditions savantes et codifications*, colloque Poitiers, 8-10 septembre 2005, LGDJ, 2007, pp. 161-186, spéc. n° 20, p. 180.

(51) V. *infra*, eod. num., spéc. note 62 et s.

(52) V. ainsi R. SALEILLES, *op. cit.* (*supra*, note 35), art. 119, n° 11, p. 20 : « il y aura, en cette matière, à établir et à rechercher comme une via media entre le système de la volonté vraie et la théorie de la volonté déclarée. » ; M. DURMA, *La notification de la volonté*, th. Paris, 1930, nos 15 à 42, pp. 17-60, spéc. n° 36, p. 46 : « Le minimum que l'on puisse faire pour la manifestation, c'est de la considérer comme élément essentiel à côté de l'intention. Et admettre cela, n'est pas souscrire à la thèse de la déclaration, proposée par une partie de la doctrine allemande, mais à la thèse de la volonté, sainement entendue. Au contraire, la thèse de la déclaration n'est pas caractérisée par le fait qu'elle exige l'extériorisation, mais par celui qu'elle renonce à l'intention. », puis pp. 46-47 : « Ce qui nous intéresse dans le domaine juridique, ce n'est pas la volonté interne, l'intention, ni la déclaration dans sa forme matérielle, mais l'action volontaire dans son ensemble, en un mot, la volonté juridique. Le corps et l'esprit, l'intérieur et l'extérieur en sont inséparables. » ; R. MOREL, *op. cit.* (*supra*, note 39), pp. 47-49 ; A. RIEG, *loc. cit.* (*supra*, note 49), spéc. n° 381, p. 376, où l'auteur note que le § 157 du BGB n'a qu'un rôle correcteur, puis n° 419, p. 420, où il conclut que « les solutions se rejoignent toutes sur un plan intermédiaire entre la théorie subjective et la théorie objective pures. » ; G. CORNU, *Regards sur le Titre III du Livre III du Code civil*, Les Cours de droit, Paris, 1976-1977, nos 238 à 248, pp. 185-192, spéc. n° 242, p. 188 : « En définitive, on se demande si, on ne pourrait pas écrire, pour le droit français comme pour le droit allemand, que la prééminence appartient à la volonté réelle telle que l'autre partie (cocontractant ou destinataire) peut la percevoir » ; J. GHESTIN, *Les obligations – La formation du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 1993, nos 386 à 388, pp. 345-347. Adde C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, th. Paris II, 2005, Defrénois, Doctorat & Notariat, t. 23, 2007, n° 1106, p. 524 : « Dans les deux pays, c'est le système de la volonté déclarée qui est de principe. Mais immédiatement, il faut dire que ce n'est là qu'une apparence de principe et que c'est la volonté interne qui gouverne dans l'ombre. » Rapp. ainsi CVIM, art. 8, § 1 : « Aux fins de la présente Convention, les indications et les autres comportements d'une partie doivent être interprétés selon l'intention de celle-ci lorsque l'autre partie connaissait ou ne pouvait ignorer cette intention. » ; Principes Unidroit, art. 4.1 et 4.2 ; et encore PDEC, art. 5:101.

(53) La proposition paraît si naturelle que l'on peut s'étonner d'avoir été contraint par le débat à la formuler. Pourtant, si l'on poussait un peu l'analyse, on verrait que le principe ne vaut que parce qu'il s'agit d'interpréter une volonté individuelle, constitutive d'un acte conclu à titre particulier ; car, aujourd'hui au moins, la solution est contraire lorsqu'il s'agit de rechercher le sens d'un texte normatif. En ce cas en effet, il ne s'agit plus de sanctionner un acte juridique d'après l'intention de rédacteurs qui n'ont vocation qu'à constituer un droit subjectif, mais de juger une situation de fait en fonction d'une norme, dont le principe, de droit objectif, est réputé général, abstrait et perpétuel : l'acte alors en cause n'est plus l'objet mais le moyen de la décision juridictionnelle. Raison pour laquelle, regardant son seul effet, la loi *dispose* là où, en contemplation de sa source, la convention *stipule*. La norme est le droit pour ce qu'elle dit et non pour ce qu'elle traduit d'une intention, laquelle ne réside plus tant chez le rédacteur que chez l'interprète lui-même, désormais seul fondé à donner sens au texte édicté. La solution n'a peut-être pas toujours prévalu (v. par ex. le vieil adage canonique *Lex dubia, lex nulla*), mais elle vaut au moins depuis l'abrogation du référé législatif par la loi du 1^{er} avril 1837, et elle est plus certaine encore depuis que la Cour de cassation, assumant pleinement sa souveraineté, a fini par priver le législateur du pouvoir interprétatif partagé dont la tradition l'avait jusqu'alors entretenu (Ass. plén., 23 janv. 2004, *Bull.*, AP, n° 2). Il en est à ce titre assez de manifestations : la réponse ministérielle apportée à une question d'interprétation visant un acte de gouvernement n'oblige pas plus le juge que toute autre réponse ministérielle ; les intitulés des lois et de leurs divisions sont dépourvus de toute valeur normative faute d'être inclus au texte de la disposition, alors même qu'ils permettent souvent de découvrir l'intention du législateur ; censé connaître la loi pour ce que dit son texte, le justiciable n'a jamais été tenu de parcourir à cette fin les débats parlementaires, d'ailleurs publiés à part ; le juge lui-même, initialement soumis, au-delà du texte, à l'esprit des codificateurs, a bien dû finir par s'abstraire des travaux préparatoires pour pouvoir adapter le droit écrit aux transformations sociales de son époque, d'abord sous couvert d'une

(suite p. suiv.)

vraiment voulu ce qu'il déclare⁽⁵⁵⁾ ? Qu'est-il même censé avoir voulu derrière ce qu'il déclare⁽⁵⁶⁾ ? L'a-t-il librement consenti⁽⁵⁷⁾ ? On en voudra deux illustrations. **L'erreur matérielle**, qui vise précisément l'hypothèse dans laquelle l'expression ne

interprétation téléologique avancée pour l'occasion, puis en se détachant tout à fait d'une telle recherche en se contentant de donner *ex officio* un sens nouveau à la règle. Ce dernier argument est du reste à lui seul décisif : s'obliger à rechercher l'intention originaire du législateur reviendrait pour le juge à s'interdire d'adapter la norme au fait. Et c'est bien parce qu'il ne la recherche pas que le juge ne dispose pas du pouvoir de rectifier les erreurs même matérielles et manifestes du législateur (e.g. Com., 1^{er} févr. 2005, *Bull.*, IV, n° 19, qui a dû sanctionner l'abrogation accidentelle du taux de ressort des tribunaux de commerce par l'ordonnance n° 2000-912 du 18 sept. 2000, alors que cette abrogation relevait manifestement d'un oubli involontaire du gouvernement, d'ailleurs entre-temps réparé). On ajoutera que c'est encore la nature constitutive de l'interprétation juridictionnelle de la norme qui justifie que le juge ne puisse refuser de se prononcer « sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi » (C. civ., art. 4), au contraire de ce qui vaut pour le contrat (v. *infra*, n° 143). Si la distinction entre les deux formes d'interprétation n'est pas toujours mise en rapport avec la nature de l'acte à interpréter, au moins le principe de l'interprétation créatrice, plutôt que génétique, est-il très souvent affirmé à l'égard de la loi. V. par ex. R. SALEILLES, *op. cit.* (*supra*, note 35), art. 133, § 2, spéc. n° 43, p. 213 : « On est, à peu près, d'accord pour admettre que l'interprétation en matière de lois n'a pas pour but une recherche de volonté, et qu'elle ne consiste pas à découvrir la volonté du législateur », et qui ajoute n° 46, p. 215, cet argument : « Sinon, s'il en était autrement, l'application de la loi risquerait d'être une surprise pour tous et resterait une menace perpétuelle pour les intérêts privés. Et c'est ce qui arriverait, si le juge n'avait qu'à faire la preuve de la volonté du législateur. Car, à supposer qu'il puisse la connaître, à force de recherches plus ou moins compliquées, il est bien certain que les particuliers, pour qui la loi est faite, en sont incapables, et que toutes les surprises seraient pour eux, ou contre eux. Il faut, pour qu'ils puissent faire eux-mêmes l'interprétation de la loi comme le juge doit la faire, que cette interprétation repose toute entière sur le présent, et sur les conditions sociales au milieu desquelles vivent les intéressés, sans avoir besoin d'invoquer aucun élément tiré du passé. » ; M. TROPER, *passim*, not. « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, pp. 133-151 ; puis « Hans Kelsen et la jurisprudence », *Arch. phil. dr.*, t. 30, *La jurisprudence*, 1985, pp. 83-94, et in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, Léviathan, 1994, pp. 71-83, spéc. p. 83 : « il n'existe pas de signification véritable de la loi, autre que celle qui est déterminée par l'interprétation authentique » [du juge] ; et encore « Justice constitutionnelle et démocratie », RFDC 1990, pp. 31-48, et in *La théorie juridique de l'État*, préc., pp. 329-346, spéc. p. 334 : « Celle-ci [la signification] n'est pas la manière dont un groupe d'hommes a compris un texte à un moment donné, mais la manière dont, d'après le droit en vigueur, on doit le comprendre au moment de son application. » Analyse exactement contraire, donc, de celle développée par F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., LGDJ, 1919, t. I, nos 97 à 99, pp. 262-275.

(54) Car le principe demeure à l'évidence que l'on n'oblige pas contre sa volonté celui qui n'a rien voulu. Ce n'est qu'au cas où l'intérêt du cocontractant le réclame malgré tout que, par exception alors, celui-ci pourra forcer à l'existence du contrat. Sur cette faveur au destinataire, v. *infra*, *eod. num.*, spéc. note 69 et s.

(55) Faute pour l'auteur de l'avoir véritablement voulu, son engagement est fondamentalement inexistant. Ainsi, si le tiers victime de la simulation dispose de la faculté de faire valoir la déclaration apparente, il peut aussi et d'abord préférer s'en tenir à la réalité juridique en se prévalant de l'intention véritable du déclarant (v. *infra*, n° 231, spéc. note 880). Et ce n'est pas autrement que le mariage demeure inexistant lorsque les juges estiment que, passé la volonté affichée du candidat, celui-ci n'a en réalité recherché qu'un effet étranger à l'essence de l'institution : v. *infra*, n° 393, spéc. note 409.

(56) C'est à cette question que répondent spécialement les articles 1134, alinéa 3, et 1135 du Code civil. Car la bonne foi consiste à s'en tenir à ce que l'on a dû vouloir et qui a pu ainsi fonder la confiance du cocontractant. Rapp. G. CORNU, *Linguistique juridique*, 3^e éd., Montchrestien, 2005, n° 29, pp. 148-149. V. ainsi le dernier des principes directeurs œuvrant à la satisfaction de l'exigence de loyauté contractuelle, tel qu'établi par l'Association Henri Capitant et la Société de législation comparée en vue de l'élaboration d'un cadre commun de référence en droit européen des contrats : « Une partie ne peut agir en contradiction avec ses déclarations et comportements antérieurs, sur la foi desquels son cocontractant a pu légitimement se fonder. » (*Projet de cadre commun de référence – Principes contractuels communs*, SLC, 2008, Principes directeurs, art. 0:304).

(57) Le consentement mal donné peut toujours être repris si la déclaration résulte d'une erreur ou d'une contrainte. Et le destinataire n'a plus même cette fois la faculté de s'y opposer, nonobstant sa croyance, considérant que toute volition est réputée donnée sous la réserve de son intégrité. Car une chose est de croire en l'existence d'une volonté, une autre est de prétendre en forcer la probité lorsqu'elle est réelle. Et si le consentement de l'un n'a existé que dans la croyance de l'autre, le premier ne peut à l'évidence invoquer aucun vice à un consentement qu'il n'a en réalité pas donné. Il n'y a donc aucun paradoxe à permettre au destinataire de passer outre l'absence de consentement de son cocontractant tout en le soumettant, lorsque le consentement est véritable, au vice de celui-ci.

correspond pas à l'intention de son auteur, c'est-à-dire la méprise dans la matérialisation de la volonté⁽⁵⁸⁾, se rectifie sans nécessiter d'autre déclaration⁽⁵⁹⁾. De même, les **clauses de style** sont écartées lorsqu'elles n'expriment plus tant la volonté propre des parties qu'un usage général purement formel auquel celles-ci n'ont accordé aucune portée substantielle⁽⁶⁰⁾. De telles stipulations sont bien, en toute rigueur, inexistantes : échappées par mégarde dans le premier cas, purs éléments de décoration juridique dans le second, elles ne manifestent rien de la volonté des parties⁽⁶¹⁾.

Mais cette préséance due à la vérité n'est pas telle qu'elle puisse s'abstraire de l'apparence que la déclaration a fait naître. Et cette limitation vaut à un double titre, selon que l'on se situe dans le rapport conduisant de la volonté réelle à la volonté exprimée ou dans celui, postérieur, menant de la volonté exprimée à la volonté entendue.

(58) Alors que l'erreur substantielle, vice du consentement, opère dans l'intention elle-même.

(59) L'exemple historique étant celui de l'erreur de calcul : l'adage *Error calculi non nocet* se trouve déjà en substance dans le Code de Justinien (liv. II, § 5), LOYSEL posait en maxime que « *Vice ou erreur de calcul et de compte se purge en tout temps* » (*Institutes coutumières*, Paris, 1607, n° 208, rappr. égal. n° 872), et le Code civil admit à son tour la solution à l'article 2058. Pour d'autres exemples, v. 1^{re} civ., 26 avril 1978, *Bull.*, I, n° 152, rectifiant l'erreur résultant « *d'une inadvertance de la dactylographe* » ayant retranscrit un contrat d'assurance ; TGI Paris, 7 janv. 1982, *JCP* 1983, II, 19999, note N. Coiret, pour une offre de vente indiquée, par suite d'une erreur d'impression, à 1450 francs au lieu des 14500 francs demandés par le vendeur ; Soc., 20 sept. 2005, *Bull.*, V, n° 258 ; *RJS* 2005, n° 1233 ; *D.* 2006, pan., p. 415, obs. O. Leclerc, qui impose aux juges du fond de rechercher l'intention des parties à un accord collectif dès lors qu'est invoquée devant eux l'existence d'une erreur matérielle. *Adde* 2^e civ., 7 nov. 2002, pourvoi n° 00-21705, qui reproche aux juges du fond de ne pas avoir recherché si le vice affectant la déclaration d'appel rejetée ne relevait pas d'une simple erreur matérielle. Et c'est toujours en regard de l'intention de ses auteurs que l'on rectifiera les « *erreurs et omissions matérielles qui affectent un jugement* » (C. proc. civ., art. 462, al. 1^{er}, *in fine* ; rappr. C. proc. pén., art. 710).

Il est entendu qu'une telle erreur peut se manifester au delà du corps même de la déclaration, puisque l'on ne dépasserait pas sinon la volonté formelle. Tout élément extrinsèque suffisamment probant peut suffire à révéler l'intention discordante du déclarant et à permettre la rectification de l'erreur. Seule la préséance légale de la valeur probatoire attachée à la déclaration s'opposerait à une telle rectification par voie externe. Sur cette complication, v. *infra*, *eod. num.*, spéc. note 68.

(60) « *La clause de style est en effet celle qui est machinalement reproduite dans l'acte, par pure habitude, et qui n'a, comme telle, vraisemblablement pas recueilli l'assentiment des parties.* » (W. DROSS, *Clausier – Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 2008, v° Style, p. 575). V. par ex. 1^{re} civ., 21 juin 1967, *Bull.*, I, n° 231, qui prive une clause de son effet au seul motif qu'elle est de style ; 7 janv. 1971, *Bull.*, I, n° 8 ; *JCP* 1971, II, 16691, obs. R. L., qui s'en tient au constat de la cour d'appel selon lequel « *la stipulation d'un prix dans l'acte litigieux n'est qu'une clause purement formelle à laquelle aucune des parties n'a attaché le moindre effet* » ; Com., 3 juin 1981, *Bull.*, IV, n° 263, qui décide que les juges du fond ont « *souverainement retenu que la clause de style mentionnée en marge de la commande « ne pouvait prévaloir contre l'intention réelle des parties* ». Le plus souvent, ce caractère se déduit de la contradiction de la clause à une autre stipulation qui paraît exprimer plus fidèlement la volonté des contractants. V. ainsi Com., 19 juill. 1965, *Bull.*, III, n° 453, qui autorise à ignorer la clause de style stipulée en contradiction avec une clause expresse manuscrite ; 3^e civ., 17 juin 1970, *Bull.*, III, n° 409, qui adopte le raisonnement suivi par les juges d'appel d'après lequel « *les dispositions spéciales et particulières très claires devaient l'emporter sur les dispositions générales et contraires de la clause de style* » ; 1^{re} civ., 13 nov. 1997, pourvoi n° 95-20313, le caractère purement formel de la clause de style se révélant en l'espèce par une contradiction avec une clause plus précise de l'acte ; Com., 14 oct. 2008, *Bull.*, IV, n° 171 (*RDC* 2009, p. 56, obs. Y.-M. Laithier), qui relève que la mention litigieuse d'un contrat formé par correspondance était contredite par la teneur des courriers échangés. Mais, à l'occasion, les juges apprécient également cette contradiction en fonction de l'économie du contrat (Com., 19 nov. 2003, pourvoi n° 00-15287), voire d'éléments de preuve extérieurs à l'acte (Soc., 21 juin 1962, *Bull.*, IV, n° 584), tels que le comportement des parties (1^{re} civ., 2 nov. 1977, *Bull.*, I, n° 395). Sur la logique présidant à l'éviction de la clause incohérente, v. *infra*, n° 143.

(61) V. ainsi M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 9^e éd., LGDJ, t. I, 1922, n° 272, p. 102 : « *Il se peut qu'un acte juridique ait été accompli matériellement, et que néanmoins la volonté de son auteur fasse absolument défaut. En ce cas, l'acte n'existe qu'en apparence* ».

Dans le premier, il faut rappeler pour évidence que l'intention ne se découvre pas autrement que par ce qu'elle exprime : la source subjective est intérieure et ne se laisse deviner que par présomption, en fonction d'éléments extérieurs et objectifs qui la révèlent⁽⁶²⁾. À ce titre donc, la volonté se fixe dans le sens que prend objectivement sa déclaration⁽⁶³⁾. Comme toute présomption véritable cependant, celle-ci sera réfragable : le déclarant pourra toujours chercher à établir que le sens qu'il a voulu donner à sa déclaration n'est pas celui qu'elle laissait objectivement paraître⁽⁶⁴⁾. Quoique cet effort probatoire risque d'être assez vain, non seulement parce qu'il achoppera encore par la suite sur la croyance légitime du destinataire qui se prévaudrait de la même apparence⁽⁶⁵⁾, mais aussi, et d'abord, parce que la loi circonscrit parfois la faculté d'établir la volonté réelle à la seule matière de la déclaration. Dès lors en effet que l'on interdit de prouver autrement que par un moyen de preuve parfait « *contre et outre le contenu aux actes* » devant être passés par écrit (C. civ., art. 1341)⁽⁶⁶⁾, le déclarant ne peut invoquer quelque élément extrinsèque pour

(62) Cette vérité éternelle s'affirme dans les nombreux adages que nous livre ici la tradition : *Idem est non esse et non apparere* ; *De internis non judicat praetor*, devenu pour l'Église *De internis non judicat ecclesia* ; *Voluntas in mente retenta voluntas non est* ; *Propositum in mente retentum nihil operatur* ; etc. Et en droit anglais : *The Devil himself knows not the intent of a man* (anon., 1478, cité par C. FIFOOT, *History and Sources of the Common Law*, Stevens, London, 1949, p. 253). V. encore en ce sens J.-B. TREILHARD, discussion en Conseil d'État, séance du 12 vent. an XI, in P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XII, p. 363, et J.-G. Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. XI, p. 214 : « on ne juge de la volonté que par les actes qui l'expriment » ; F. K. VON SAVIGNY, *op. cit.* (*supra*, note 16), t. III, 1857, § CXXXI, pp. 246-247 : « la volonté elle-même, comme fait intérieur, ne saurait se faire connaître que par l'intermédiaire d'un signe sensible » ; R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts* [*L'esprit du droit romain*], t. III, 3^e éd., 1873, trad. O. de Meulenaere, éd. A. Marescq, 1887, § 50, p. 165 : « Pour admettre l'existence de la volonté juridique, il faut qu'il soit possible de la reconnaître ; or, sa manifestation extérieure seule peut la faire reconnaître. » ; H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *Arch. phil. dr.* 1940, pp. 33-76, spéc. p. 37 : « Il faut que la volonté des sujets soit manifestée ; car il faut que la volonté puisse être constatée » ; R. MOREL, *op. cit.* (*supra*, note 39), pp. 45-47 ; Y. PACTOT, *Recherche sur l'interprétation juridique*, th. Paris II, 1988, n° 244, pp. 228-229, spéc. p. 229 : « Et de fait, la volonté que cherche à saisir l'interprète s'est nécessairement extériorisée en quelque manière que ce soit, à travers une expression (écrite ou orale), ou à travers un comportement. Que la volonté soit par essence subjective, nul n'en a jamais douté ; mais sa manifestation est nécessairement objective » ; J. CARBONNIER, *loc. cit.* (*supra*, note 36) : « C'est que les phénomènes psychiques ne sont pas perceptibles directement et ne peuvent être déduits avec quelque certitude que du comportement extérieur de l'homme. Aussi est-ce la manifestation de volonté du contractant, plus que sa volonté elle-même, qui est l'élément primaire du contrat. » ; M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, th. Toulouse, 1973, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 137, 1975, p. 22 : « Une volonté qui ne s'est pas extériorisée n'a pas d'existence au regard du droit » Adde D. NOGUÉRO, *L'incidence de la maladie sur l'acte juridique*, th. Paris II, 2000, n° 33, p. 40 : « Les faits psychologiques sont toujours établis par présomption. » ; C. GRIMALDI, *op. cit.* (*supra*, note 52), n° 1103, p. 523 : « On ne connaît jamais la volonté d'un individu, on ne peut qu'en présumer la teneur » ; G. FRANÇOIS, *Consentement et objectivation*, th. Clermont I, 2006, PUAM, 2007, II, p. 16.

(63) V. par ex. PDEC, art. 2:102 : « L'intention d'une partie d'être liée juridiquement par contrat résulte de ses déclarations ou de son comportement, tels que le cocontractant pouvait raisonnablement les entendre. »

(64) En certaines occasions, l'existence d'une pratique suffisamment répandue permettra de renverser d'elle-même cette présomption. Ainsi en va-t-il désormais de l'annonce d'un gain reçue par courrier d'une entreprise commerciale feignant d'attribuer des lots remportés lors de concours imaginaires : il suffira que le gain annoncé apparaisse économiquement exorbitant pour qu'il soit jugé improbable et vienne ainsi disqualifier une déclaration qui prenait par ailleurs toutes les allures d'une offre ferme. En ce sens, l'essor de cette pratique dite des loteries publicitaires est peut-être à l'origine de l'éviction à leur endroit de l'analyse contractuelle par la Cour de cassation : Ch. mixte, 6 sept. 2002, *Bull.*, CM, n° 4 ; CCC 2002, n° 151, note G. Raymond ; D. 2002, p. 2963, note D. Mazeaud ; JCP 2002, II, 10173, note S. Reifegerste ; PA 24 oct. 2002, n° 213, p. 16, note D. Houtcieff. Sur cette hypothèse, v. plus spéc. *infra*, n° 230, spéc. note 869.

(65) C'est le second rapport annoncé (v. *infra*, eod. num.).

(66) Ou, plus encore, que l'on subordonne à la procédure d'inscription de faux la preuve contraire aux constatations transcrites dans un acte authentique (C. civ., art. 1319).

échapper au sens qu'a pris malgré lui son acte⁽⁶⁷⁾. Il faudrait que l'écrit n'ait pris en lui-même aucun sens, même implicite, pour autoriser à rechercher ce dernier hors de l'acte, car, alors seulement, on ne prouverait plus contre ni outre celui-ci⁽⁶⁸⁾.

Dans le second rapport, et en admettant même que l'auteur de la volition ait pu établir le sens de sa volonté réelle, le destinataire pourrait encore se prévaloir pour sa part de la volonté apparente et forcer ainsi le contenu voire l'existence même de l'accord⁽⁶⁹⁾.

(67) Pour cette restriction, v. ainsi P. ESMEIN, in *Traité pratique de droit civil français*, dir. G. Ripert, 2^e éd., LGDJ, t. VI, *Obligations*, 1952, n° 103, p. 110, qui estime que la jurisprudence « ne permet pas de faire la preuve d'une volonté réelle différente de la volonté exprimée par écrit. » C'est ainsi que la preuve de la fausse cause ne peut être administrée que par un moyen de preuve parfait lorsque celle-ci est indiquée dans un écrit (Com., 14 mars 2006, *Bull.*, IV, n° 66 ; 1^{re} civ., 23 févr. 2012, *Bull.*, I, n° 36) tandis que, à l'inverse, elle peut l'être par tous moyens lorsqu'elle n'est pas mentionnée à l'acte (1^{re} civ., 9 févr. 2012, pourvoi n° 11-13778).

(68) En ce sens, v. J. GHESTIN, *loc. cit.* (*supra*, note 62), spéc. n° 388, p. 347, selon lequel « L'article 1341 du Code civil n'interdit pas de recourir à des témoignages ou à des présomptions pour interpréter des clauses obscures ou ambiguës ». Encore cette solution, de droit positif, ne s'impose-t-elle pas avec la force de l'évidence. Elle suppose en effet d'admettre que l'on puisse rechercher la signification d'un écrit hors de celui-ci sans lui faire perdre sa qualité probatoire. À défaut en effet, la stipulation ambiguë s'exclurait elle-même de l'écrit qui la contient et prétendre l'interpréter hors de cet acte reviendrait bien à prouver outre celui-ci. Pour y parvenir, il faut donc considérer, non sans quelque licence prise avec la raison de la loi, que la qualité de preuve parfaite ne s'attacherait pas tant au texte et à sa signification ensemble qu'à la seule existence matérielle d'un texte, peu important qu'il ne révèle en lui-même aucun sens. En somme, interpréter un écrit intrinsèquement obscur ne nécessiterait pas, en droit, de le compléter. Raison pour laquelle on n'écartera une stipulation, même écrite, que si aucun indice, même extérieur à l'acte, ne permet de lui conférer un sens au moins probable (v. *infra*, n° 146). Malgré son imprécision technique, la solution est constante. V. par ex. Civ., 31 mai 1948, *S.* 1949, I, p. 127 ; Civ., 1^{re} sect., 19 oct. 1964, *Bull.*, I, n° 451 : « s'il n'est reçu aucune preuve par témoins ou présomptions contre et outre le contenu aux actes, cette preuve peut cependant être invoquée pour interpréter un acte, s'il est obscur ou ambigu » ; 1^{re} civ., 3 mars 1969, *Bull.*, I, n° 94 ; D. 1969, p. 477 ; RTD civ. 1969, p. 764, obs. Y. Loussouarn, qui réitère la formule ; Com., 23 févr. 1970, *Bull.*, IV, n° 70, qui estime « qu'en présence d'actes sous seing privé dont les diverses mentions nécessitaient une interprétation, les juges du fait étaient fondés à tenir compte de tous les éléments de la cause pour apprécier la volonté des parties » ; 3^e civ., 26 févr. 1970, *Bull.*, III, n° 151, qui juge que la cour d'appel « a pu [...] recevoir la preuve par présomption en égard au caractère « ambigu » de l'acte à interpréter » ; 17 juill. 1972, *Bull.*, III, n° 462 ; 1^{re} civ., 9 déc. 1986, *Bull.*, I, n° 292 ; RTD civ. 1988, p. 144, obs. J. Mestre ; et encore 1^{re} civ., 26 janv. 2012, pourvoi n° 10-28356, *Bull.* ; RDC 2012, p. 819, obs. R. Libchaber, dans le cas d'un acte notarié « entaché d'une erreur matérielle évidente ». Tout ce que l'on peut prescrire en cet état, c'est de rechercher d'abord le sens de l'écrit au sein de celui-ci avant, et en cas d'échec seulement, de le découvrir en son dehors ; et de s'interdire en particulier de rendre extérieurement obscur ou de sens différent ce qui était clair vu de l'intérieur. Comp. Soc., 21 juin 1962, préc. (*supra*, note 60), qui va jusqu'à faire prévaloir un document extérieur sur le sens pourtant clair d'une clause d'un contrat de bail, jugée pour cette unique raison comme n'ayant pas exprimé l'intention véritable des parties. *Contra* : 1^{re} civ., 13 nov. 1968, *Bull.*, I, n° 275, et 3^e civ., 3 mai 1978, *Bull.*, III, n° 186, où il est rappelé que, sauf le cas de fraude (C. civ., art. 1353, *in fine*), les parties ne peuvent établir que leur écrit relevait d'une simulation sans produire de contre-lettre de même force probante.

On ne confondra pas cette question du dépassement du sens de l'écrit avec celle de la preuve du vice du consentement, toujours admise pour sa part s'agissant non pas d'ajouter ni de retrancher au contenu de la volonté mais de discuter sa qualité. Quant à la preuve du trouble mental, elle ne consisterait plus à établir une intention, et donc un acte juridique, mais un manque de discernement, fait juridique échappant comme tel à l'exigence formelle de l'article 1341.

(69) Il semble bien que ce soit ce point seul que le droit allemand envisage lorsqu'il fait primer la volonté déclarée sur la volonté réelle. Ce n'est en effet qu'en matière contractuelle que le paragraphe 157 du BGB introduit la règle de l'interprétation objective de l'intention, tandis que le paragraphe 133 posait le principe général et préalable de l'interprétation subjective pour toute déclaration de volonté. Seule la déclaration soumise à réception peut donc se détacher de l'intention véritable de son auteur ; le principe de l'appréciation subjective demeurant par exemple en matière de testament. V. en ce sens C. WITZ, *op. cit.* (*supra*, note 50), n°s 104 et 105, pp. 104-105, qui note que l'interprétation contractuelle se fait, selon la traduction de la formule germanique, « d'après l'horizon du destinataire », ce qui correspond à l'exacte mesure de la théorie française de l'apparence.

On aura l'occasion à cet égard de démontrer que la théorie de l'apparence ne bénéficie qu'au destinataire d'un acte réceptice, ce qui, en droit français, vise bien l'acceptant mais non l'offrant qui recevrait l'acceptation
(suite p. suiv.)

À nouveau, cette apparence ne vaudra toutefois que comme objectivation pour présomption d'une volonté interne : le déclarant pourrait toujours chercher à démontrer que, malgré le sens formellement pris par sa déclaration, le destinataire ne s'est pas laissé tromper et que tous deux ont, au fond, contracté sur le même objet⁽⁷⁰⁾. Plus encore, le destinataire pourrait lui-même vouloir renverser cette présomption pour établir que, à cause de quelque circonstance particulière, il a compris la déclaration différemment de ce qu'elle laissait paraître en soi. Car la primauté donnée à la volonté réelle ne vaut pas moins pour la sienne propre que pour celle de son cocontractant. Mais sous une double limitation alors : d'une part devra-t-il démontrer que, suivant un sens différent de celui objectivement affiché par la déclaration reçue, sa croyance n'en a pas moins été légitime ; d'autre part sera-t-il soumis aux mêmes restrictions probatoires que le fut le premier déclarant, ainsi contraint lorsque la loi exige un écrit de limiter sa démonstration aux éléments contenus dans celui-ci⁽⁷¹⁾. On mesure ainsi l'importance, dans un système pourtant essentiellement subjectiviste, que prend l'apparence objective des choses, propre à poser une présomption qui, parfois renforcée par le jeu des règles probatoires, en rend le renversement bien souvent impossible.

En somme, le système est donc, chronologiquement, le suivant : on pose une définition de l'acte juridique, et du contrat en particulier, fondée sur la volonté réelle des parties ; on pallie la démonstration impossible de la volonté interne en la déduisant, par présomption, d'éléments extérieurs et objectifs ; on surmonte enfin le renversement éventuel de cette présomption en assurant la prévalence de la croyance légitimement entretenue par le destinataire de la déclaration. On voit bien ainsi que les deuxième et troisième temps ne se confondent pas : on cherchera d'abord à établir quelle a été la volonté réelle du déclarant, avant, le cas échéant, de dépasser cette recherche par faveur pour le destinataire abusé⁽⁷²⁾. La confusion n'opère que lorsque l'auteur ne peut prouver

(v. *infra*, n° 214 et n° 229, *in limine*). Il suffit pour l'instant de relever, pour approcher déjà la même conclusion, que si l'offrant pouvait lui aussi se prévaloir du bénéfice de l'apparence, celui-ci n'existerait tout simplement pas : recevant le « oui » attendu, le pollicitant en déduirait naturellement que sa volonté réelle a été acceptée et pourrait ainsi, fort de cette saine croyance, l'imposer à celle contraire et non moins légitime de l'acceptant qui s'en sera tenu à l'offre pour lui apparente. Cela reviendrait à faire systématiquement primer la volonté réelle initiale sur la volonté apparente, sous la seule condition de pouvoir l'établir. Il ne s'agirait donc rien de plus que de la question s'attachant à déterminer le sens véritable de la déclaration (sur laquelle v. *supra*, *eod. num.*, spéc. notes 62 à 68).

(70) Sous réserve que la preuve puisse être légalement rapportée, soit que l'engagement n'ait pas été constitué par écrit, soit que la preuve de la volonté réelle puisse trouver sa source dans l'écrit lui-même (v. *supra*, *eod. num.*, spéc. note 68).

(71) V. *supra*, *ibid.*

(72) C'est-à-dire, au fond, pour la circulation des biens, le développement des services et la création de richesse. Car il s'agit bien, au travers de la théorie de l'apparence, de favoriser la sécurité dynamique des échanges au détriment d'une sécurité statique anti-économique. Sur cette dialectique, v. *infra*, n° 229, spéc. note 850.

Quant à la répartition de la charge probatoire, la logique suffit à l'établir. Le juge s'en tenant d'abord à la signification objectivement prise par la déclaration, ce sera au déclarant de prouver que sa volonté était en réalité différente, le destinataire pouvant toujours se prévaloir néanmoins, sans plus d'effort, de la volition apparente, à moins pour le déclarant de prouver encore que, malgré cette apparence, son cocontractant ne s'est cependant pas laissé surprendre. Si, à l'inverse, l'auteur s'en tient au sens objectif de sa déclaration, ce

(suite p. suiv.)

contre l'apparence objectivement prise par sa déclaration *et* que le destinataire s'en tient à cette apparence.

119. La rencontre des volontés⁽⁷³⁾ – Pour se former, le contrat requiert l'accord d'au moins deux volontés concordantes, raison pour laquelle on parle en la matière de *consentement*⁽⁷⁴⁾. Or, il est pour ce faire trois procédures possibles.

La première, bien connue, est aussi la plus commune car la plus naturelle⁽⁷⁵⁾ : c'est la formation par échange de **consentements réciproques**⁽⁷⁶⁾, qui sont nécessairement successifs. Les volitions forment ici le contrat en s'adressant l'une à l'autre par la voie d'une offre⁽⁷⁷⁾ et d'une acceptation. Dans un contrat conclu par plus de deux parties, il y aura ainsi une offre, première exprimée, et plusieurs acceptations subséquentes. En toute hypothèse, la conclusion du contrat est nécessairement instantanée, quand bien même serait-elle précédée d'une longue période de négociation et d'élaboration progressive de l'accord : en ce cas, la dernière proposition vaudra offre de contracter et son acceptation

sera au destinataire de prouver que sa croyance, pour être différente, n'en était pas moins légitime. Sur la question, v. plus spéc. *infra*, n° 231.

(73) Il est ici traité du principe de cette rencontre. Sur sa fixation temporelle, v. *infra*, n°s 235 et 236.

(74) De *cum sentire* : ressentir avec, partager le même sentiment. Le consentement, c'est l'adhésion à une volonté commune, ainsi édifiée. Peu importe que ce caractère commun ne s'établisse que par le consentement suivant : une offre ferme est aussi un consentement par anticipation à une volonté que l'on souhaite commune.

(75) Au point que l'on enseigne parfois que ce serait même la seule possible. V. par ex. A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, 4^e éd., C. Thorel et Guilbert, 1844, t. X, n° 52, p. 32 ; G. COUSIN, *op. cit.* (*supra*, note 46), n° 47, p. 133 ; M. PLANIOL, *op. cit.* (*supra*, note 61), t. II, 1923, n° 970, p. 336 : « *Il y a nécessairement une des parties qui prend les devants et manifeste sa volonté la première* » ; B. PETIT, in *J.-Cl. Civ.*, Art. 1109, fasc. 2-1, « Consentement », 2005, n° 2, p. 3. *Adde* Trav. Comm. réf. C. civ., t. IV, 1948-1949, pp. 704-706, art. 6, al. 1^{er} : « *Il n'y a point de consentement sans une offre suivie d'une acceptation de cette offre.* »

(76) C'est-à-dire tournés l'un vers l'autre. Mais tous consentements réciproques, même destinés à produire des effets de droit, ne forment pas nécessairement un contrat, ce en particulier lorsque la forme contractuelle n'est pas autorisée. Il en va notamment ainsi en droit administratif au cas d'accord conclu par la personne publique en matière de police économique, le Conseil d'État requalifiant alors systématiquement la convention négociée en acte unilatéral de l'Administration (e.g. CE, 4 juill. 1975, *Synd. nat. du commerce de la chaussure*, *Rec.*, p. 404). Sur la question, v. not. Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral – Recherches sur la notion d'acte mixte en droit français*, th. Poitiers, 1968, LGDJ, Bibl. dr. publ., t. 103, 1971 ; R. ROMI, « La requalification par le juge des actes négociés en actes unilatéraux », *AJDA* 1989, pp. 9-14. Et c'est la même logique qui préside à la qualification de contrat administratif « à effet légal et réglementaire » pour justifier le recours pour excès de pouvoir contre les cahiers des charges négociés (e.g. CE, ass., 10 juill. 1996, *Cayzele*, *Rec.*, p. 274), puisque l'ouverture de ce recours postule nécessairement que l'acte – même négocié – soit unilatéral plutôt que contractuel. Rapp. égal., en droit civil cette fois, l'engagement souscrit par volonté unilatérale et soumis à ratification du bénéficiaire : au fond, il y a bien en ce cas encore échange de consentements réciproques, mais sans pour autant que celui du destinataire forme un contrat, se contentant d'entériner rétroactivement un droit déjà né en sa faveur et soumis à cette seule condition de ratification.

(77) Les juristes, à la différence des économistes, ne distinguent pas l'offre de la demande : que la proposition porte à la connaissance du destinataire ce que l'on se propose de lui donner (*offre*), même contre rétribution, ou qu'il s'agisse, à l'inverse, de lui dire ce que l'on souhaite obtenir (*demande*), même encore contre rémunération, l'une et l'autre de ces déclarations de volonté emportent juridiquement les mêmes conséquences. La distinction requerrait en effet, au cas fréquent de contrat synallagmatique, une appréciation de la valeur respective, et subjective, des prestations à laquelle les juristes ne se livrent en principe pas. En droit donc, la demande de contrat s'analyse comme une offre.

sera aussi celle qui formera le contrat⁽⁷⁸⁾. Et les autres figures que l'on prétend parfois opposer à cette procédure n'y échappent pas plus. On peut bien inférer en premier lieu l'existence du contrat d'une relation établie sans chercher, parce que le point importera peu, à découvrir quel contractant fut pollicitant et quel autre acceptant, cela n'empêchera pas que le rapport contractuel se sera initialement constitué par la rencontre d'une offre et d'une acceptation⁽⁷⁹⁾. De la même façon, la novation contractuelle que l'on voudrait voir s'opérer par la formation d'un usage conventionnel ne dément rien de l'analyse : une partie adoptera d'abord un comportement contraire à la convention initiale⁽⁸⁰⁾ auquel répondra la

(78) Sous réserve que les parties n'aient pas retardé la conclusion du contrat à une réitération ultérieure de leur consentement, sur quoi v. la procédure suivante, *infra*, *eod. num.*

Pour un contrat conclu par plus de deux parties, la question du moment de la conclusion se résoudra en fonction de la volonté de l'offrant, laquelle se déduira de la nature de l'accord : efficace à deux parties, la première acceptation suffira à constituer un contrat auquel les suivants se joindront ; nécessitant la réunion de tous pour prendre effet, seule la dernière acceptation le formera. En ce sens : Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français*, 4^e éd., Marchal, Billard & Cie, t. IV, 1871, § 343, 2^o, p. 291 ; L. LAROMBIÈRE, *op. cit.* (*supra*, note 12), art. 1101, n^o 10, pp. 7-8 ; G. COUSIN, *op. cit.* (*supra*, note 46), n^o 94, p. 161 ; A. RIEG, *op. cit.* (*supra*, note 49), n^o 78, 1, pp. 78-80. Rapp. Civ., 3 juill. 1939, DH 1939, p. 452 : « dans les cas où, plusieurs personnes étant désignées dans le corps d'un acte [...] comme s'obligeant conjointement ou solidairement, l'une de celles-ci refuse de signer, les juges du fond peuvent considérer en égard aux circonstances de la cause, à la nature et à l'objet de l'opération, que les autres personnes désignées n'avaient voulu s'obliger qu'en même temps que celui qui refuse son consentement, et que l'acte ne constitue qu'un projet sans valeur à l'encontre même de ceux qui ont donné leur signature par anticipation » ; ou encore Com., 7 janv. 1959, Bull., III, n^o 10.

(79) Comp. Principes Unidroit, art. 2.1.1, et PDEC, art. 2:211, dont la rédaction laisse entendre que le contrat pourrait se former autrement que par la rencontre d'une offre et d'une acceptation. Mais les commentaires joints aux Principes Unidroit s'en tiennent pour leur part au raisonnement conduit au texte, indiquant que la règle a pour seul but de permettre de constater l'existence d'un contrat sans obliger à déterminer à cette fin le moment de sa formation. Quant aux commentaires des Principes européens, ils précisent que seraient notamment visées par là deux hypothèses, celle du contrat formé par négociation progressive et celle du consentement tacitement manifesté par le comportement du contractant. Or, dans l'un et l'autre cas, on ne voit pas qu'une offre et une acceptation n'aient pas toujours dû être exprimées, même au terme d'une négociation préalable, même tacitement. En réalité, il a été fait remarquer que cette rédaction équivoque avait été adoptée pour satisfaire les intérêts des juristes anglo-saxons, dont le pragmatisme ne leur impose pas de s'en tenir à la rigueur des principes. Sur l'histoire de la rédaction de cet article des Principes Unidroit, v. M. FONTAINE, « Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2000, pp. 115-133, spéc. n^o 6, p. 119. Sur le véritable intérêt de cette disposition des Principes du droit européen du contrat, v. *infra*, *eod. num.*, in fine, spéc. note 96. Pour un état du droit anglo-américain sur cette question, v. UCC, § 2-204 (1) et (2) : « A contract for sale of goods may be made in any manner sufficient to show agreement, including offer and acceptance [or] conduct by both parties which recognize the existence of such a contract », puis « An agreement sufficient to constitute a contract for sale may be found even if the moment of its making is undetermined. »

Comp. encore la théorie allemande du *contrat de fait* ou *contrat factice* (*faktischer Vertrag*), aujourd'hui largement délaissée, d'après laquelle un contrat pourrait se former sur le seul constat de l'adoption d'un *comportement social typique* (*sozialtypisches Verhalten*) en l'absence même de tout *animus contrahendi* véritable. Sur cette théorie, et sa critique, v. C. WITZ, *op. cit.* (*supra*, note 50), n^{os} 168 et 169, pp. 151-154 ; P. ANCEL, « Contrat de fait et comportements sociaux typiques », RDC 2004, pp. 1087-1096. Aussi critiquable soit-elle, certains arrêts de la Cour de cassation semblent pourtant bien élargir à cette théorie. V. not. Soc., 3 juin 2009, Bull., V, n^o 141 (D. 2009, p. 2517, note B. Edelman), qui, au motif que « l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs », juge que la cour d'appel « a pu en déduire [...] que les participants [à une émission de télé-réalité] étaient liés par un contrat de travail à la société de production ». L'existence d'une relation de travail n'implique pourtant pas l'existence nécessaire d'un contrat : v. *infra*, n^o 127, spéc. note 131.

(80) Le débiteur agissant contre son obligation ou le créancier au-delà de son droit. Le raisonnement, mené sur le cas, plus difficile, de l'usage novatoire, vaut aussi bien et plus évidemment pour l'usage directement constitutif ou pour celui qui ajouterait au contrat sans en contredire les stipulations.

tolérance de son cocontractant⁽⁸¹⁾ ; la répétition suffisante de ce comportement réciproque installera un usage, c'est-à-dire non plus seulement renonciation du créancier tolérant à poursuivre l'exécution passée, ou du débiteur à exiger restitution, mais obligation pour l'avenir même de prévenir de sa volonté de mettre fin à l'usage⁽⁸²⁾ ; enfin seulement, la novation du contrat opérera du jour où l'on pourra voir dans le énième comportement du premier une offre tacite de modifier les termes de l'accord initial (*animus novandi*) et dans la énième admission consécutive du second une acceptation de cette offre. Et c'est encore la même procédure qui règle le terme du contrat, lorsqu'il s'agira de s'interroger sur son devenir : la prorogation, ou continuation du même contrat, nécessitera un accord réciproque des parties en ce sens avant expiration du terme extinctif, et la reconduction suppose toujours pour sa part la conclusion d'un nouveau contrat au terme du premier, donc à nouveau la rencontre d'une offre et d'une acceptation, même tacitement manifestées par la poursuite de l'exécution du contrat éteint⁽⁸³⁾. Ajoutons enfin, puisque

(81) Par cette acceptation ponctuelle, le cocontractant renonce seulement à se prévaloir du contrat à l'égard du manquement considéré. Et le silence, même gardé en connaissance de cause, ne suffit pas à valoir tolérance. Sur la valeur du silence opposé à l'offre, v. *infra*, nos 179 et 180.

(82) À ce stade, l'usage – conventionnel – n'a pas encore valeur contractuelle : s'il est déjà convenu, ce n'est que comme usage et non encore comme contrat. D'où cette conséquence que l'une et l'autre des parties disposent chacune de la possibilité d'y mettre fin unilatéralement, sous réserve du respect d'un préavis. V. par ex., au sujet des dépassements de découvert précédemment accordés par la banque à son client : Com., 8 mai 1978, *Bull.*, IV, n° 129 ; 6 nov. 1984, *Bull.*, IV, n° 293 ; 29 juin 1993, *Bull.*, IV, n° 269. La règle s'énonce même explicitement en droit du travail : « l'employeur peut mettre fin unilatéralement à un usage d'entreprise à la seule condition d'observer un délai de prévenance » (e.g. Soc., 10 nov. 1981, *Bull.*, V, n° 883 ; 9 juill. 1986, *Bull.*, V, n° 365). On y distingue à cet effet l'usage de la tolérance ponctuelle : Ass. plén., 1^{er} avril 1993, *Bull.*, AP, n° 8. Sur la révocabilité discrétionnaire de la simple tolérance, v. S. PESENTI, *La tolérance en droit civil*, th. Paris II, 2002, nos 182 à 186, pp. 135-139.

(83) Sera ainsi tenu pour pollicitant celui dont le comportement pourra s'analyser le premier comme une poursuite de l'exécution du contrat antérieur, son cocontractant formant le nouveau contrat par une acceptation manifestée à son tour par un acte d'exécution immédiatement consécutif. À s'en tenir au droit commun du bail – mais le raisonnement vaut *mutatis mutandis* pour tout contrat à exécution successive – la reconduction tacite se réaliserait ainsi par l'émission d'une offre émanant du preneur qui continuerait en conscience à user du bien (v. en ce sens P. ESMEIN, *op. cit.* (*supra*, note 71), n° 106, p. 114), considérant que le bailleur qui ne fait pour sa part que laisser le preneur en place n'adopte à ce stade qu'un comportement purement passif impropre à manifester chez lui quelque volonté de reconduire le bail (v. M. PAGET, *La tacite reconduction*, th. Paris, 1926, pp. 26-34), n'exprimant finalement cette volonté, et son acceptation, qu'au jour où il réclamera le paiement du loyer ou acceptera celui qui lui aura été payé. Rapp. avec la lettre des articles 1738 et 1759 du Code civil, lesquels, posant une présomption d'acceptation du côté du bailleur (v. *infra*, n° 179, spéc. note 519), paraissent bien donner l'initiative de la reconduction au preneur (v. *infra*, n° 125, spéc. note 121). À suivre par contre le droit spécial du bail, qui généralise l'obligation de préavis avant non-reconduction et déduit du silence des parties leur volonté de reconduire leur contrat (v. not. L. 89-462 du 6 juill. 1989, art. 10 et 15 ; C. com., art. L. 145-9 et L. 145-10 ; C. rur., art. L. 411-47, L. 411-50 et L. 411-55), il semble que le nouveau bail se conclurait à l'instant même de l'extinction du précédent, sans nécessiter la poursuite de l'exécution antérieure pour manifestation tacite de volonté. Dans une telle situation, la question – devenue certes alors strictement académique – de savoir laquelle des deux parties sera tenue pour offrant et quelle autre pour acceptant doit donc se résoudre autrement. À cette fin, deux principes paraissent pouvoir être suivis : celui des deux contractants qui aura été soumis à l'obligation d'exprimer plus tôt que l'autre sa volonté de ne pas reconduire le contrat (c'est-à-dire en pratique le bailleur) pourrait logiquement être pris pour pollicitant à la reconduction ; et si les deux délais de préavis étaient de même durée, on pourrait encore présumer que celui qui fut à l'origine du contrat en cours demeurât en cette même qualité d'offrant à sa reconduction. Cette dernière solution vaudrait également dans l'hypothèse où la reconduction tacite résulterait d'une clause insérée *ab origine* dans le contrat initial. Mais on peut aussi ne pas se payer de présomptions et voir en cette circonstance un cas de consentements conjoints plutôt que réciproques (v. *infra*, *ead. num.*, spéc. note 89).

cela doit être précisé⁽⁸⁴⁾, qu'il ne prête guère de sens d'arguer que la rencontre des volontés ne serait que fiction au sein d'une telle procédure, motif pris que l'acceptation interviendrait à un moment où le pollicitant aurait déjà pu changer d'avis : s'il change d'avis, il le fera savoir en révoquant son offre⁽⁸⁵⁾ ; s'il n'ajoute rien, il est naturel, pour autant que l'offrant ne souffre pas d'amnésie ni d'aliénation mentale, de tenir sa volonté pour constante⁽⁸⁶⁾. La volonté de l'acceptant répondra bien ainsi à celle, toujours en vigueur, du pollicitant.

La deuxième procédure possible de formation du contrat, déjà exceptionnelle et pour cette raison rarement étudiée⁽⁸⁷⁾, réside dans l'expression de **consentements conjoints**⁽⁸⁸⁾ plutôt que réciproques : les deux parties n'échangent plus ici leur consentement respectif l'une envers l'autre mais l'expriment toutes deux ensemble sur la base d'une offre déjà formulée. Elles peuvent bien sûr, et le plus souvent, être elles-mêmes à l'origine de cette offre préconstituée, auquel cas celle-ci prendra la forme d'un accord de principe soumettant la conclusion du contrat définitif à la réitération des consentements. Cet avant-contrat aura bien été formé par la voie ordinaire de l'offre et de l'acceptation, mais on voit bien en revanche que la réitération de ces consentements ne correspond plus à la même procédure : au fond, les parties, en adhérant à leur projet initial, expriment toutes deux une acceptation⁽⁸⁹⁾. Elles peuvent aussi ne faire que souscrire à une offre formulée par un tiers

(84) Dans le sens de la fiction en effet : I. KANT, *Metaphysik der Sitten* [Métaphysique des mœurs], 1^{re} part., *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* [Doctrine du droit], Königsberg, 1797, trad. A. Philonenko, 5^e éd., J. Vrin, 1993, 1^{re} part., sect. II, chap. II, § 19, pp. 150-151 ; R. WORMS, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, th. Paris, A. Giard, 1891, p. 188 ; G. TARDE, *Les transformations du droit*, 3^e éd., F. Alcan, 1900, chap. V, sect. III, pp. 124-125 ; R. GUIHAIRE, *De la force obligatoire de la déclaration unilatérale de volonté*, th. Rennes, 1900, pp. 29-30 ; J. DOLLAT, *op. cit.* (*supra*, note 39), pp. 32-34.

(85) C'est précisément pour ne pas rendre fictif l'accord des volontés que l'on doit préserver l'efficacité de principe de cette révocation : v. *infra*, n° 247).

(86) Doute-t-on que celui qui nous exprime son sentiment ne le ressente encore passé cet instant ? Lorsque l'on déclare son affection pour quelqu'un, il est bien entendu que celle-ci ne cessera pas une fois la déclaration passée : le destinataire qui aura cru en la déclaration tiendra ce sentiment acquis, pour un temps au moins.

En ce sens, v. R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, J. Debure, Paris, et V^{re} Rouzeau-Montaut, Orléans, 1772, t. I, n° 32, pp. 29-31 (*Œuvres de Pothier*, par J. Bugnet, éd. Cosse & Delamotte, t. III, 1847, pp. 13-14) ; J. VALÉRY, *Des contrats par correspondance*, Thorin et fils, 1895, n° 81, p. 83 ; A. COHEN, *Des contrats par correspondance en droit français, en droit anglais et en droit anglo-américain*, th. Paris, 1921, pp. 22-23. Rapp. P. DIENER, *Le silence et le droit*, th. Bordeaux, 1975, p. 17 : « Les silences qui rythment la parole ne sont pas des vides, ils appartiennent au discours et assurent la « continuité spirituelle du sens au travers la discontinuité sonore des mots » (Rassam, *Le silence comme introduction à la métaphysique*, th. Toulouse). Le lien silence-parole résulte d'une double nécessité physiologique et psychologique : respirer et penser, sinon tout discours resterait inintelligible. » ; J.-J. FRAIMOUT, *Langage et droit – Essai sur la fonction de la parole dans l'expérience juridique*, th. Paris I, 1994, n° 511, p. 442 : « Le silence, les temps de respiration, l'alternance silence-bruit, sont partie intégrante du procès discursif. »

(87) V. cep. G. TREITEL, *The Law of Contract*, 11^e éd., Sweet & Maxwell, London, 2003, p. 48.

(88) C'est-à-dire *jointes avec*, à l'égard des autres, tournés l'un et l'autre vers autrui.

(89) Exemple : deux particuliers qui conviennent expressément, puisque la présomption est contraire, de subordonner la formation d'une vente à la réitération de leurs consentements devant notaire doivent conclure pour ce faire un accord de principe de nature contractuelle au moyen d'une offre et d'une acceptation. Mais on ne peut plus sans fiction prétendre que le premier à réitérer ce consentement exprimerait alors une offre de contrat, en réalité préexistante, d'autant qu'il pourrait ignorer, en certaines circonstances, être le premier à réitérer sa volonté. Du reste, que devrait-on décider au cas où les deux réitérations s'exprimeraient de façon parfaitement simultanée ? Pour cette même raison, on préférera voir dans la reconduction tacite convenue ou imposée avant le terme du contrat un cas de réitération par consentements conjoints – déduits de l'absence de dénonciation préalable – plutôt que par échange d'une offre et d'une

à la négociation qui ne s'y sera immiscé que pour la résoudre⁽⁹⁰⁾ : si les deux parties l'acceptent comme telle, aucune d'entre elles n'aura émis une offre ; à nouveau, les deux auront exprimé une acceptation⁽⁹¹⁾. Dans cette procédure, le contrat se forme donc par double acceptation conjointe⁽⁹²⁾, qui peut être indifféremment successive ou simultanée, plutôt que, comme précédemment, par échange d'une offre et d'une acceptation, nécessairement successives⁽⁹³⁾.

Il est enfin un troisième mode de formation du contrat qui, pour faire figure d'hypothèse d'école, constitue un objet juridique classique, sous l'expression aussi évocatrice que captieuse de « *contrat avec soi-même* ». Car bien plutôt que la figure aporétique suggérée derrière ces termes, d'après lesquels un individu pourrait s'engager à l'égard de soi seul, il s'agit au fond d'une tout autre et double hypothèse : celle d'une part du contrat conclu par un tiers mandataire des deux contractants, et celle d'autre part du contrat conclu par un mandataire contrepartiste avec son mandant. Dans les deux cas, une seule volonté sera factuellement exprimée par le mandataire, valant pour les deux parties. Pour cette raison, on peut parler ici de **consentements joints**, au sens le plus strict, c'est-à-dire confondus dans la même déclaration⁽⁹⁴⁾. Les deux consentements sont donc cette fois nécessairement simultanés. Dans ce dernier mode de formation du contrat, l'existence de l'engagement se jugera à l'aune de la seule volonté du déclarant, sans que l'on puisse y discerner une offre et une acceptation. Car, au fond, il n'y ni l'une ni l'autre, mais autre chose, une forme d'engagement constitué par volonté unilatérale⁽⁹⁵⁾. De sorte que, par analogie, ce seront les cas d'inexistence propres à l'offre qui menaceront la formation d'un tel contrat.

acceptation devenues en l'hypothèse passablement improbables (comp. *supra*, eod. num., spéc. note 83). En ce sens exactement, v. P. GODÉ, *op. cit.*, (*supra*, note 39), n° 27, pp. 36-37.

(90) Ce tiers a certes pu être désigné à cette fin par les parties, et par consentements réciproques alors, mais il a pu aussi prendre seul l'initiative de sa proposition, auquel cas les consentements exprimés ne seront jamais autres que conjoints.

(91) Relevons *obiter* que ce mode de formation est aussi celui du mariage. Le jour venu en effet, aucun des deux époux n'émettra une offre à destination de son futur : les deux accepteront une proposition que l'officier de l'état civil sera seul à exprimer. La formule usuelle est bien du reste la suivante : « *Acceptez-vous de prendre Untel, ici présent, en mariage ?* » Si cette union est autre chose qu'un contrat, ce n'est donc pas son mode de formation, en ce caractère au moins, qui la disqualifie.

(92) Au contraire, l'émission simultanée de deux offres réciproques et concordantes ne suffira pas, en soi, à conclure le contrat : v. *infra*, n° 209, *in fine*.

(93) Ce qui ne modifie qu'incidemment cependant les causes d'inexistence du contrat ainsi formé : d'une part, celui-ci souffrira toujours autant des insuffisances de l'une des deux acceptations ; d'autre part, celles mêmes de ces défaillances qui s'attacheraient naturellement à l'offre plutôt qu'à l'acceptation pourraient toujours affecter la proposition préalablement formulée par les parties ou par le tiers.

(94) On ne peut plus dès lors, sans trahir la réalité, prétendre qu'il y aurait encore émission d'une offre et d'une acceptation, ou de deux acceptations. Autant en effet le principe de représentation n'a rien d'une fiction, se contentant d'affirmer que la volonté exprimée par l'un vaudra pour un autre (sur quoi v. *infra*, n° 170), autant voir ici deux déclarations en constituerait une : le fait est qu'une seule déclaration aura suffi à former le contrat.

(95) Comp. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, A. Rousseau, t. I, 1923, n°s 41 à 43, pp. 108-111 ; puis A. VALLIMARESCO, « Des actes juridiques avec soi-même », *RTD civ.* 1926, pp. 973-1011, spéc. pp. 977-980, lesquels, pour cette raison, préfèrent y voir un acte unilatéral plutôt qu'un contrat.

En somme, la procédure de droit commun, pour être la plus courante, apparaît également comme la plus complexe, car mettant en œuvre deux volitions, de natures fondamentalement opposées et néanmoins essentiellement complémentaires, que sont l'offre et l'acceptation. Les causes d'inexistence du contrat que l'on rencontrera au sein de cette procédure s'imposeront également aux contrats différemment constitués, qui n'en connaîtront pas d'autres⁽⁹⁶⁾. Elles affectent aussi bien la volonté de l'offrant (Section I) que celle de l'acceptant (Section II).

SECTION I

LA VOLONTÉ DE L'OFFRANT

120. Inexistence ou nullité de l'offre – La première volonté contractuelle à se manifester est celle de l'offrant. À ce titre, elle est aussi la première source d'inexistence pour défaut de volonté, que l'offre soit tout à fait absente (Sous-section I) ou qu'elle soit seulement inefficace (Sous-section II).

SOUS-SECTION I

L'ABSENCE D'OFFRE

121. Un acte juridique – L'offre, ou pollicitation⁽⁹⁷⁾, se définit au plus court, mais le plus strictement aussi, comme la proposition dont l'acceptation forme le contrat⁽⁹⁸⁾.

(96) Rapp. PDEC, art. 2:211 : « *Quand bien même le processus de conclusion d'un contrat ne pourrait s'analyser en une offre et une acceptation, les règles de la présente section s'appliquent, avec les adaptations appropriées.* » V. égal. Principes Acquis, art. 4:102 (2) ; *Restatement Second on contracts*, § 22 (2).

(97) Il est difficile de savoir si, historiquement, les deux notions furent jamais distinguées. L'étymologie (*pollens citatio* : déclaration renforcée) invite à faire cette distinction, et, de fait, c'est bien sous le nom de *pollicitatio* que le droit romain accordait exceptionnellement, en l'absence même d'acceptation, sa sanction à de tels engagements. À ce premier égard donc, la *pollicitatio* désignait un engagement formé par volonté unilatérale plutôt qu'une offre de contracter. V. ainsi R. WORMS, *op. cit.* (*supra*, note 84), pp. 41-60, et encore A. SALAMA MOHAMED, *La conception de l'engagement unilatéral en droit civil comparé*, th. Paris, 1957, n^{os} 40 à 66, pp. 30-54, et n^{os} 76 à 99, pp. 62-84. D'un autre côté, on relèvera que le droit romain ne désignait pas non plus l'offre de contrat autrement que comme pollicitation (v. ULPPIEN, *in Dig.*, I, XII, 3). Le mot devait donc s'appliquer identiquement à deux figures qui ne furent que bien plus tard spécifiées. Chez POTHIER encore, les termes d'offre, de pollicitation et de promesse sont ainsi toujours aussi synonymes qu'ils l'étaient pour ULPPIEN. V. ainsi R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, J. Debure, Paris, et V^{te} Rouzeau-Montaut, Orléans, 1774, t. I, n^o 4, p. 5 (*Œuvres de Pothier*, par J. Bugnet, éd. Cosse & Delamotte, t. II, 1848, p. 5) : « *La pollicitation est la promesse qui n'est pas encore acceptée par celui à qui elle est faite* ». Pourtant, de même que la promesse s'est depuis lors extraite de cet amalgame sémantique, le développement actuel de la théorie de l'engagement par volonté unilatérale pourrait inciter à adopter à une acception plus stricte de la pollicitation (*suite p. suiv.*)

Aussi vrai que l'acceptation est à la fois la dernière volition précontractuelle et celle qui conclut l'accord⁽⁹⁹⁾, l'offre en est la pénultième⁽¹⁰⁰⁾ et celle qui le détermine. L'acceptant ne peut ainsi rien y ajouter de déterminant sans devenir pollicitant lui-même.

L'offre de contracter, qui porte son effet en droit, est assurément, pour cette raison, un fait juridique. Mais, cet effet trouvant sa source nécessaire dans la volonté de son auteur, l'offre est aussi, pour cette autre raison, un *acte juridique*⁽¹⁰¹⁾. Peu importe à cet égard que,

pour la réduire à ce dernier. En ce sens, v. déjà Ph.-A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e éd., Garnery & Roret, t. XII, 1827, v^o Pollicitation, qui en donne cette définition : « *C'est un engagement contracté par quelqu'un, sans qu'il soit accepté par une autre personne.* » Comp. J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 109, 1970, n^{os} 165 et 166, pp. 157-158, et n^o 188 à 196, pp. 176-184, qui vise sous le terme de pollicitation l'offre irrévocable. Reste que, pour l'heure, l'usage ne distingue toujours pas la pollicitation de l'offre de contrat, et que l'on ne distinguera donc pas plus ici. Même ainsi compris, le terme de pollicitation conserve pour intérêt de ne désigner que l'offre de contrat, là où le langage commun emploie celui d'offre pour désigner toute sorte de proposition.

(98) Pour une définition plus matérielle cependant, v. *infra*, n^o 140 et s.

(99) V. *infra*, n^o 176.

(100) Rapp. G. ROUHETTE, « Droit de la consommation et théorie générale du contrat », in *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, pp. 247-272, n^o 14, p. 259, pour qui l'offre est « *l'avant-dernière manifestation de volonté* » ; et B. PETIT, art. préc. (*supra*, note 75), n^o 25, p. 9 : « *l'offre apparaît en effet comme l'avant-dernière réplique du dialogue précontractuel* ».

(101) Puisque l'acte juridique se définit comme la manifestation de volonté destinée par son auteur à produire des effets de droit et dont la volonté conditionne juridiquement la production de ces effets. Rapp. ainsi M. DURMA, *op. cit.* (*supra*, note 52), n^o 9, pp. 9-10, et n^o 14, p. 16, qui voit dans l'acte juridique « *une manifestation de volonté ou plusieurs manifestations de volonté concordantes dirigées vers la réalisation d'effets juridiques qui ne se produiraient pas en l'absence de ces manifestations de volonté.* » ; J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, th. Toulouse, 1949, Sirey, 1951, n^o 17, p. 26, pour qui « *il y a acte juridique toutes les fois que l'intention de réaliser les effets de droit est absolument indispensable et nécessaire à la production de ces effets.* ».

Pour voir dans l'offre un acte juridique, v. par ex. M. PLANIOL, *op. cit.* (*supra*, note 61), n^o 270, p. 101 ; R. DEMOGUE, *op. cit.* (*supra*, note 95), t. II, 1923, n^o 553 *ter*, p. 164 ; P. HÉBRAUD, in *Rép. civ.*, Dalloz, v^o Acte, n^o 23, cité par J.-L. Aubert, *op. cit.* (*supra*, note 97), n^o 328, p. 304 : « *un acte juridique principal suppose, pour sa complète réalisation, le concours d'éléments multiples, qui, envisagés séparément, peuvent aussi être qualifiés d'actes juridiques* », J. CARBONNIER, *op. cit.* (*supra*, note 28), n^o 25, p. 72, qui y voit très exactement un « *acte juridique unilatéral* » ; P. RÉMY-CORLAY, « L'existence du consentement », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes dommages-intérêts droit européen des contrats*, dir. P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz, 2003, pp. 29-51, spéc. p. 34, qui adopte cette même qualification ; et encore M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2008, n^o 116, p. 274. *Adde* la juste définition retenue de l'offre par l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, art. 1105-1 : « *L'offre est un acte unilatéral déterminant les éléments essentiels du contrat que son auteur propose à personne déterminée ou indéterminée, et par lequel il exprime sa volonté d'être lié en cas d'acceptation.* » *Contra* : J.-L. AUBERT, *op. cit.*, n^{os} 197 à 206, pp. 184-190, qui lui refuse cette qualification pour la raison que l'offre ne constitue pas un engagement par volonté unilatérale.

Pour la subsumption de l'acte juridique sous le fait juridique, v. déjà J. BODIN, d'après G. Rouhette, « La doctrine de l'acte juridique : sur quelques matériaux récents », *Droits*, n^o 7, 1988, pp. 29-35, spéc. p. 31 ; F. K. VON SAVIGNY, *op. cit.* (*supra*, note 16), t. III, 1857, § CIV, pp. 3-7 ; R. DEMOGUE, *op. cit.* (*supra*, note 95), n^o 12, pp. 24-25 ; H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 5^e éd., A. Pedone, 1929, n^o 228 ; A. ROUAST, *Les obligations dont la source n'est ni le contrat ni la faute*, Les Cours de droit, Paris, 1933-1934, p. 25 ; P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, 1960, p. 76 ; N. GOMAA, *Théorie des sources de l'obligation*, th. Paris, 1966, LGDJ, t. 88, 1968, n^o 304 ; F. TERRÉ, *op. cit.* (*supra*, note 36), n^o 208, pp. 194-195 ; puis « Sur la sociologie juridique du contrat », *Arch. phil. dr.*, t. 13, *Sur les notions du contrat*, 1968, pp. 71-88, spéc. pp. 72-73 ; Ch. ATIAS, *Science des légistes, savoir des juristes*, PUAM, 1991, n^o 30. Rapp. 1^{re} civ., 27 avril 1977, *Bull.*, I, n^o 192, qui déclare « *l'article 1341 du Code civil, applicable aux faits juridiques, c'est-à-dire à ceux qui ont pour résultat immédiat et nécessaire soit de créer ou de transférer, soit de confirmer ou de reconnaître, soit de modifier ou d'éteindre des obligations ou des droits.* »

se réduisant à conférer au destinataire le pouvoir de former un contrat, elle ne fasse naître sur lui aucune créance⁽¹⁰²⁾ ni, réciproquement, sur le pollicitant aucune obligation⁽¹⁰³⁾.

On voudra pour double démonstration de cette qualification que l'offre manquera en premier lieu à apparaître en l'absence de toute volonté de son auteur prétendu (§ 1) et que, en second lieu, la volonté, même exprimée, devra l'être encore suffisamment pour valoir offre de contrat (§ 2).

§ 1 – L'absence de toute volonté

122. Certitudes et incertitudes – La volonté peut manquer avec certitude (A), mais elle peut aussi paraître trop incertaine pour être reconnue (B).

A - L'INEXISTENCE CERTAINE DE LA VOLONTÉ

123. L'absence de toute expression volontaire – Comme toute chose, l'existence d'une volition s'apprécie quant à sa forme et quant à sa matière⁽¹⁰⁴⁾. Dans sa forme, la volition manquera tout à fait à exister si aucune volonté n'a été exprimée, quand bien même serait-il établi que l'intéressé nourrissait quelque intention en ce sens⁽¹⁰⁵⁾. Dans sa matière, la volonté, même exprimée, demeurera encore inexistante au fond si sa

(102) Seulement donc ce qu'il est convenu d'appeler en droit une *simple faculté*, c'est-à-dire une possibilité de constituer un droit non encore né et donc toujours éventuel.

(103) Les auteurs qui ne veulent voir dans l'offre qu'un simple fait juridique procèdent tous par un raisonnement *non causa pro causa* consistant à considérer que l'offre ne peut pas être un acte juridique puisque, révocable et intransmissible, son régime ne correspond pas à celui des engagements formés par les autres actes juridiques connus. Or, que les effets de l'offre soit spécifiques ne change rien au fait que ses éléments constitutifs, au sein desquels ne figure pas le régime subséquent, sont ceux de tout acte juridique. En ce sens, v. par ex. P. RÉMY-CORLAY, art. préc. (*supra*, note 101), p. 38 : « *si en France on lie généralement irrévocabilité et acte juridique, c'est parce que nous n'avons pas de théorie générale de l'acte juridique et que celle qui a été construite l'a été sur le modèle du contrat.* »

L'offre ne constitue donc pas une promesse de contracter. Même stipulée spécialement irrévocable et transmissible, son objet, qui est de tendre à l'échange de deux volontés réciproques et concomitantes, devrait encore permettre au pollicitant de se rétracter efficacement, n'engageant sur ce fait que sa responsabilité (v. *infra*, n° 249, *in medio*), de même que l'on permet au mandant de révoquer, sous la même réserve, le mandat irrévocable. Ce en quoi l'offre reste irréductible, en droit français, à un engagement par volonté unilatérale. En Allemagne au contraire, et dans les pays de même tradition, l'offre constitue une véritable promesse de contrat constituée par volonté unilatérale, comme telle transmissible (BGB, §§ 130 (2) et 153 ; NBW, art. 6:222) et strictement irrévocable (BGB, § 145 ; ABGB, § 865, *in fine* ; CO suisse, art. 3, § 1, et art. 5, § 1). *Adde* C. cass. Belgique, 9 mai 1980, *Pas.* 1980, I, pp. 1120 et 1127, qui a jugé que « *la force obligatoire de l'offre trouve son fondement dans un engagement résultant d'une manifestation de volonté unilatérale* » (et encore 16 mars 1989, *Pas.* 1989, I, p. 737). Sur la révocabilité de l'offre, v. *infra*, n° 247. Sur son intransmissibilité, v. not. *supra*, n° 77, à propos de l'intransmissibilité à cause de mort, mais qui vaut autant entre vifs.

(104) D'après ARISTOTE, *Physique*, trad. H. Carteron, Les Belles Lettres, 2000, liv. I, chap. VIII et X ; et *Métaphysique*, trad. J. Tricot, [3^e éd.], J. Vrin, 1953, t. I, liv. A, 3, et liv. Z, 10. L'ensemble composé de la matière et de la forme constitue la *substance* de la chose : v. *infra*, n° 225.

(105) Sur le caractère constitutif de l'expression de la volonté, v. *supra*, n° 117.

manifestation formelle n'a correspondu à aucune intention de son auteur⁽¹⁰⁶⁾. Dans le premier cas, aucune volonté n'aura été manifestée de quelque manière que ce soit : l'intéressé aura uniquement conservé un silence inexpressif (1). Dans le second, la volition, pour être apparente, n'aura cependant pas été réelle : la déclaration n'aura trouvé à exister qu'au moyen d'une expression involontaire (2).

1. Le silence

124. Définition – Curieusement, le silence ne se définit pas simplement. Les dictionnaires accordent tous en effet différentes significations au mot, allant de la seule absence de bruit à l'absence totale d'information sensible. Or il est évident que, selon le sens retenu, le silence gardé dans la formation du contrat ne produira pas les mêmes effets en droit. L'amphibologie du terme semble bien être de ce point de vue à l'origine de la diversité des opinions exprimées sur la question⁽¹⁰⁷⁾.

Car le silence, ici, peut au moins se comprendre de quatre manières différentes. On peut d'abord viser, dans son acception la plus commune hors le droit, l'absence de tout son, sans pour cela exclure d'autres formes d'expression, notamment écrites. En ce premier cas, le silence s'opposerait si peu à la formation d'un contrat qu'il en perdrait même toute pertinence notionnelle. C'est la raison pour laquelle ce sens – pourtant premier – du mot est rarement retenu par les juristes. Selon une acception déjà plus étroite, on peut préférer voir dans le silence l'absence de tout message expressément articulé par quelque moyen sonore ou scriptural, tout en admettant qu'un message tacitement exprimé le soit bien, pour sa part, silencieusement. Est tacite, en effet, ce qui est tu⁽¹⁰⁸⁾ tout en étant signifié⁽¹⁰⁹⁾, c'est-à-dire exprimé au fond sans l'être formellement. La volonté est tacite lorsqu'elle transparaît, sous-entendue, derrière un comportement dont le premier objet n'est pas de la manifester : c'est le non-dit, ou l'illocutoire. On peut fort bien, donc, estimer que la volition s'exprime alors en silence. À moins de réduire encore un peu le domaine juridique du silence pour en exclure même le consentement tacite qui relèverait d'un comportement actif de son auteur et ne plus y inclure par conséquent que l'attitude purement passive au vu de laquelle seules les circonstances extérieures permettront de déceler une volition⁽¹¹⁰⁾.

(106) Sur le rapport entretenu entre volonté apparente et volonté réelle, v. *supra*, n° 118.

(107) Sur cette amphibologie du silence en droit, v. not. J. BARRAULT, *Essai sur le rôle du silence créateur d'obligations*, th. Dijon, 1912, pp. 3-14 ; et encore J.-J. FRAIMOUT, *Langage et droit*, th. Paris I, 1994, n°s 498 à 501, pp. 428-431.

(108) Du lat. *tacere* : taire. Sur la volonté tacite, v. plus spéc. *infra*, n° 138, *in limine*.

(109) Puisque le mot ne s'emploie plus guère aujourd'hui qu'appliqué à l'expression d'une volonté et que telle est précisément ici l'hypothèse considérée.

(110) Retenant semble-t-il cette définition, v. par ex. J. BARRAULT, *op. cit.* (*supra*, note 107), qui, p. 14, circonscrit son sujet à cette question : « *Peut-on conclure, bien qu'une partie s'abstienne de révéler extérieurement sa volonté, et en raison même de cette abstention [...] à l'existence d'une volonté productive d'effets juridiques ?* » ; A. COHEN, *op. cit.* (*supra*, note 86), p. 102 ; R. DEMOGUE, *op. cit.* (*supra*, note 95), n° 185, p. 299 : « Il y a silence au sens juridique lorsqu'une personne au cours de cette activité permanente qu'est la vie, n'a manifesté sa volonté par rapport à un acte juridique, ni par une action spéciale à cet effet (*volonté expresse*), ni par une (*suite p. suiv.*) »

Un comportement passif révélerait toujours ainsi une volonté chez son auteur si celui qui n'avait rien voulu eût nécessairement adopté quant à lui un comportement actif⁽¹¹¹⁾. Quoiqu'une quatrième et dernière signification, la plus restrictive enfin, consisterait à exclure absolument toute manifestation de volonté, expresse ou tacite, active ou passive : le silence se ferait alors absence de sens plus que de sons et désignerait en l'occurrence l'absence de tout comportement pourvu d'une signification volitive, que celle-ci se déduise du comportement lui-même ou des circonstances qui l'environnent. Au fond, ce silence étendrait son empire là seulement où la volition retiendrait le sien.

Or, il faut bien adopter cette dernière définition pour soutenir sans nuance qu'une volonté ne s'exprime jamais dans le silence, quelles que soient les circonstances, ou, si l'on préfère, qu'un silence signifiant n'en est déjà plus un⁽¹¹²⁾. On voit bien ainsi que, sous le couvert du silence, c'est l'absence de volonté seule que, pour les besoins de la démonstration, on vise, et que l'assertion selon laquelle le silence exclut nécessairement la volition ne prend plus alors que les traits sophistiqués d'une tautologie⁽¹¹³⁾. Il est un peu court en somme de répondre à la question de savoir si le silence peut valoir volition par une négation consistant uniquement à affirmer que cela ne saurait être puisque le silence exclut la volonté.

Si l'on veut répondre proprement à la question posée, on doit donc retenir du silence l'une de ses deux acceptions intermédiaires. Il s'agira alors de savoir si la volonté exprimée par un moyen qui ne poursuit pas essentiellement cette fin peut néanmoins être reçue en droit, et, le cas échéant, à quelles conditions on devra lui attribuer une telle portée. Ainsi rapportée, la question ne commande plus de distinguer selon que la volonté a été tacitement exprimée par un comportement actif ou par une attitude même totalement passive. Le fait est que la volonté tacite est également silencieuse qu'elle s'exprime par l'action ou par l'inaction : si le premier comportement est plus bruyant que le second, la volonté sous-entendue ne l'est quant à elle pas plus. Dans les deux cas, il faudra établir en quoi le comportement adopté, quelle qu'en soit la forme, implique nécessairement

action d'où on puisse déduire sa volonté (*volonté tacite*). » ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 8^e éd., t. II, 1935, n° 26, p. 24.

(111) En termes austiniens (J. L. AUSTIN, *op. cit.*, *supra*, note 12), on dira qu'un locutoire nul faute de tout signe exprimé n'entraîne pas nécessairement la nullité de l'illocutoire corrélatif, dont la signification dépend pour sa part du contexte dans lequel il intervient.

(112) Pour cette acception restrictive du silence, v. par ex. R. POPESCO-RAMNICEANO, « Le silence créateur d'obligations et l'abus de droit », *RTD civ.* 1930, pp. 999-1009, spéc. p. 1001 : « le silence est l'absence de toute manifestation de volonté, même tacite. Si donc je suis tenu dans ce cas ce ne peut être qu'abstraction faite de ma volonté » ; P. VOIRIN, note sous Req., 29 mars 1938, *DP* 1939, I, p. 5, qui commence ainsi : « Il y a, écrit La Rochefoucauld dans ses *Réflexions* sur la conversation, un silence éloquent ; il sert quelquefois à approuver et à condamner ». Transposée dans le plan juridique, la remarque cesse d'être exacte. Un silence éloquent n'est plus un silence ; il devient, à raison des circonstances, une manifestation tacite de volonté. » ; J.-J. FRAIMOUT, *op. cit.* (*supra*, note 107), n° 501, p. 431.

(113) On a beau jeu de dénoncer alors le « raisonnement paradoxal aux termes duquel ce serait manifester une volonté que de n'en manifester aucune » (J. BARRAULT, « De l'acceptation des factures par le silence », *Ann. dr. com.* 1913, pp. 347-366, p. 348). Il est bien évident que si l'on avance que le silence est l'absence de volonté, plus aucune question ne se pose, ou plutôt ne se pose plus qu'une question toute différente qui est celle de savoir si un contrat pourrait se former sans la volonté de l'une de ses parties (sur quoi v. *infra*, n° 127).

l'existence d'un consentement chez son auteur⁽¹¹⁴⁾. Ce qui est vrai, simplement, c'est que certains comportements actifs laisseront plus facilement voir le consentement tacite que ne le fera la pure abstention ; mais que celle-ci apparaisse singulière au vu des circonstances, et elle pourra bien manifester elle aussi le consentement de celui qui l'a adoptée.

Ainsi compris, le principe demeure que le silence, notamment lorsqu'il se fait inaction totale, n'exprime en droit aucune volonté et reste par conséquent impropre à former quelque contrat que ce soit⁽¹¹⁵⁾. Mais l'exception réside justement dans l'hypothèse où les circonstances environnant ce silence justifieront de lui conférer la valeur d'une volition.

125. Le silence circonstancié – Si l'on doit comprendre sous le silence toute hypothèse de volonté tacitement exprimée, les circonstances ne manquent pas qui pourront lui donner valeur de volition⁽¹¹⁶⁾. Mais même lorsque le silence se fonde en une passivité absolue, il sera encore quelques occasions pour tirer de l'inaction de l'auteur une manifestation de sa volonté⁽¹¹⁷⁾. Il n'est aucune raison pour réserver cette éventualité à la seule acceptation⁽¹¹⁸⁾.

Quelques silences véritables pourront parfaitement valoir en effet offres tacites⁽¹¹⁹⁾. Il suffira pour cela que les circonstances significatives trouvent leur source chez l'intéressé lui-même : celui-ci aura préalablement manifesté un comportement qui, ne valant pas offre en soi, permettra néanmoins de déduire cette volonté du silence ultérieurement gardé. On a déjà vu ainsi que la convention novatoire pouvait tacitement émerger de la méconnaissance répétée du contrat par l'une des parties et de la tolérance constamment manifestée par l'autre⁽¹²⁰⁾ ; or, lorsque cette méconnaissance tient dans la violation d'une obligation périodique de faire à temps, il n'y a rien d'autre que pure inaction du débiteur, laquelle sera ainsi propre à valoir finalement, à force d'itération, offre de novation. De la même façon, lorsqu'un contrat à effet continu s'exécute de manière purement passive pour l'une des parties, il pourrait suffire pour elle d'entretenir son inaction pour que, le terme échu, on y

(114) Ou, par contre-épreuve, établir en quoi celui qui n'aurait pas consenti se serait comporté autrement.

(115) V. par ex. 1^{re} civ., 24 mars 1998, *Bull.*, I, n° 127 ; *JCP E* 1998, p. 996, note B. Gross ; *Defrénois* 1998, p. 1407, obs. Ph. Delebecque ; *Dr. & Patr.*, sept. 1998, p. 87, obs. P. Chauvel ; *PA* 11 janv. 1999, n° 7, p. 13, note Y. Dagorne-Labbé.

(116) Sur quoi, v. plus spéc. *infra*, n° 135 et s.

(117) *Contra* : A. RIEG, « Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français », in *Les modes non formels d'expression de la volonté*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XX, 1968, Dalloz, 1972, pp. 40-59, spéc. n° 21, p. 59, pour qui « la notion de manifestation de volonté doit être, en vérité, restreinte au comportement actif : seules les manifestations de volonté expresses et tacites sont des modes d'expression de l'intention de contracter. Le concept de manifestation de volonté fondée sur un comportement passif est un non-sens. »

(118) Comp. pourtant les auteurs qui n'admettent d'offres qu'expresses, *infra*, n° 138, note 245.

(119) Pour l'admission d'offres tacites nées d'un silence circonstancié : J. BARRAULT, *op. cit.* (*supra*, note 107), pp. 35-36 ; R. DEMOGUE, *op. cit.* (*supra*, note 101), n° 552 bis, pp. 159-160 ; P.-M. LÉVY, *Des manifestations tacites de volonté en matière civile et commerciale*, th. Dijon, 1927, pp. 164-165 ; M.-J. LITTMANN, *Le silence et la formation du contrat*, th. Strasbourg, 1969, nos 25 à 33, pp. 35-46, spéc. n° 33, p. 45 : « Les offres silencieuses, par conséquent, sont nombreuses. Mais, en fait, ce n'est pas le silence qui les crée, mais les circonstances » ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, 13^e éd., Sirey, 2008, n° 137, p. 106 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.* (*supra*, note 19), n° 113, p. 125.

(120) V. *supra*, n° 119, spéc. notes 80 à 82.

découvre une offre de reconduction tacite⁽¹²¹⁾. On peut également penser au silence maintenu par celui qui aura répondu trop tôt à un appel d'offre en retournant sa proposition avant la date prévue à cet effet par le sollicitant : la réponse anticipée du pollicitant pressé sera privée de tout effet juridique mais permettra néanmoins de déduire de l'inaction ultérieure sa volonté d'émettre finalement l'offre appelée⁽¹²²⁾. Ce n'est pas en effet, en un tel cas, l'émission anticipée d'une offre nulle comme telle qui peut valoir en droit pollicitation, mais bien le silence ultérieurement conservé par son auteur : la déclaration antérieure est seulement l'élément signifiant de ce silence. Il en ira d'ailleurs ainsi chaque fois qu'une volition restera sans effet pour avoir été exprimée trop tôt : la volonté qui n'est pas rétractée alors qu'elle pourrait l'être doit logiquement être réputée maintenue et valoir donc pour le jour où elle pourra porter en droit⁽¹²³⁾. Plus généralement même, il suffira à l'intéressé de prévenir son interlocuteur de la valeur qu'il conviendra d'attribuer à son silence ultérieur pour permettre à celui-ci de valoir volition. Une telle déclaration préalable, qui ne consiste plus cette fois en une offre nulle, n'a pas d'autre effet que de rendre signifiant un comportement à venir qui demeurera totalement passif. Il semble peu discutable en ce cas que le silence, circonstancié par l'avis qui le précède, puisse valoir offre de contrat. Et il en ira à plus forte raison ainsi lorsque l'avis qui a été émis à cette fin aura reçu l'accord de son destinataire : le silence convenu est aussi un silence éloquent⁽¹²⁴⁾. Une clause de tacite reconduction stipulée à l'endroit d'un seul contractant octroiera par exemple, à l'expiration du contrat qui la contient, la faculté pour son bénéficiaire d'accepter ou non une offre de renouvellement qui se déduira du silence jusque là conservé par son cocontractant.

126. La volonté présumée par le droit – Toute volonté se présume⁽¹²⁵⁾, mais cette présomption s'établit normalement *in concreto*, en fonction des éléments de pur fait propres à la cause ; la présomption est factuelle (C. civ., art. 1353), dite « *de l'homme* », plutôt que légale (art. 1352). Or, il pourra arriver que l'existence de la volonté se déduise du silence, non plus au seul constat de circonstances suffisamment éloquentes, mais en vertu d'une règle de droit applicable en ces circonstances.

(121) On a déjà évoqué à cet égard la solution posée à l'article 1738 du Code civil, qui, à suivre sa lettre, paraît bien faire du preneur à bail resté en possession l'auteur d'une offre de reconduction émise à l'adresse de son bailleur (v. *supra*, n° 119, spéc. note 83). Pour cette lecture, v. par ex. M. PLANIOL, *op. cit.* (*supra*, note 61), t. II, 1923, n° 971, pp. 336-337 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *loc. cit.* (*supra*, note 119) ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *loc. cit.* (*supra*, note 119).

(122) Sur cette hypothèse, v. *infra*, n° 165.

(123) En ce sens : J. BARRAULT, *op. cit.* (*supra*, note 107), pp. 19-20 et 37-38. V. ainsi l'exemple déjà rencontré de l'offre émise au nom d'un enfant encore non conçu, *supra*, n° 30, *in limine*. Pour un autre exemple, v. encore *infra*, n° 156.

(124) Conformément à cette solution, c'est comme convention et non comme usage que l'habitude prétendument prise par les parties de consentir en silence pourra autoriser à extraire la volition de l'inaction. Pour l'exclusion de l'usage *inter partes* comme circonstance suffisante de cette extraction, v. *infra*, n° 179, *in medio*, spéc. note 499.

(125) V. *supra*, n° 118, spéc. note 62.

Tel pourrait d'abord être, rapidement considéré, l'effet de l'usage collectif, notamment professionnel, que l'on voudrait voir prévaloir *erga omnes* pour présumer la volonté de celui qui n'aura rien exprimé⁽¹²⁶⁾. Mais on aura l'occasion de démontrer qu'un usage ne peut guère se constituer *contra legem*, c'est-à-dire en l'occurrence à l'encontre du principe de vacuité juridique du silence⁽¹²⁷⁾. Seule la loi pourrait poser une telle présomption⁽¹²⁸⁾; et encore celle-ci demeurerait-elle autrement discutable. Car il ne suffit pas de réputer l'intéressé conscient de l'existence de la règle présomptive pour en déduire sa volition : l'obliger à manifester l'inexistence de sa volonté c'est déjà en effet commencer à nier celle-ci, et le contrat qui en résultera⁽¹²⁹⁾. En l'absence de tout fait significatif émané du pollicitant prétendu, force doit rester au principe selon lequel la volonté ne s'extériorise pas dans le silence.

127. Le consentement imposé, ou le contrat fictif – Si poser quelque présomption simple consistant à tirer la volition du silence était déjà pour la loi faire assez peu cas de cette volonté⁽¹³⁰⁾, l'imposer à présent contre toute déclaration contraire revient cette fois à ignorer purement et simplement ce que constitue un contrat.

La première hypothèse véritable, historiquement, et peut-être la plus symptomatique de toutes, réside dans le contrat de salaire différé⁽¹³¹⁾, dénoncé en son temps comme « *contrat*

(126) La valeur de l'usage dans la formation du contrat est plus souvent évoquée au sujet de l'acceptation (v. *infra*, n° 179, *in medio*, spéc. note 499), mais on peut penser, dès lors qu'on lui reconnaît un tel effet présomptif au cas d'absence de réponse à sollicitation, qu'on lui découvrirait ce même effet pour obliger en premier lieu l'offrant présumé à manifester son intention de ne pas contracter.

(127) V. *infra*, *ibid.*, spéc. note 507.

(128) Présomption réfragable ici, sans quoi la pseudo-volition ne serait plus, assurément alors, que pure fiction (sur quoi, v. *infra*, n° 127). L'exemple le plus patent se trouve peut-être à l'article 1222 du Code civil : « *On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé* ». Ce disant, on déduit du silence des parties l'existence d'une stipulation pour autrui, donc d'une offre conventionnelle, à l'adresse de l'ayant cause. Une autre solution mériterait pourtant quelque exploration, qui éviterait le détour d'une improbable volition : conférer, hors de toute relation contractuelle, une action en exécution forcée au tiers qui, même sans être ayant cause, peut se prévaloir d'un intérêt direct à l'exécution d'une obligation née d'un contrat auquel il n'est pas partie. V. en ce sens Ass. plén., 6 oct. 2006, *Bull.*, AP, n° 9 (*BICC* n° 651, note F. Assié ; *Rapp.*, p. 398 ; *JCP* 2006, II, 10181, avis A. Giarazzo et note M. Billiau ; *D.* 2006, p. 2825, note G. Viney ; *Resp. civ. et assur.* 2006, étude n° 17, par L. Bloch ; *RDC* 2007, pp. 537-631, *var. auct.*), qui, sur un fondement discutable par ailleurs, reconnaît au tiers gérant le droit d'agir en exécution forcée de l'obligation contractée par le propriétaire de maintenir en état les locaux qu'il loue à un autre. Comp. l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, art. 1342, al. 1^{er}, qui propose d'ouvrir au tiers une action en responsabilité contractuelle contre le débiteur au contrat.

(129) Le raisonnement est bien différent lorsque les parties ont effectivement voulu contracter et qu'il ne s'agit plus que de compléter leur volition, car la certitude de la volition constitutive suffit alors à fonder la présomption consécutive. V. *infra*, n° 128, *in limine*.

(130) V. *supra*, n° 126, *in fine*.

(131) Décr.-L. du 29 juill. 1939 relatif à la famille et à la natalité françaises, art. 63 à 74, puis C. rur., art. L. 321-13 à L. 321-21-1. V. ainsi décr.-L. du 29 juill. 1939, art. 63, puis C. rur., art. L. 312-13 : « *Les descendants d'un exploitant agricole qui [...] participent directement et effectivement à l'exploitation [...] sont réputés légalement bénéficiaires d'un contrat de travail à salaire différé* ». La fiction n'était pourtant pas nécessaire : les dispositions qui ont depuis détaché les obligations de l'employeur de la validité du contrat de travail (v. not. C. trav., art. L. 3243-1, issu de L. 73-4 du 2 janv. 1973, qui oblige au paiement du salaire et à la délivrance du bulletin de paie malgré la nullité du contrat de travail, ou encore art. L. 8252-1 et 2, issus de L. 81-941 du 17 oct. 1981, qui maintiennent pour le passé les obligations de l'employeur en dépit de l'annulation du contrat conclu avec un salarié en situation irrégulière) ont aussi entériné par là l'idée que la

légal » par JOSSERAND⁽¹³²⁾. Mais d'autres « *rapports contractuels d'origine légale* »⁽¹³³⁾ ont depuis fait leur apparition. À peine quelques mois plus tard, c'était une association de reconstruction que le législateur réputait formée entre les propriétaires d'immeubles sinistrés⁽¹³⁴⁾, et c'est peut-être la même fiction qu'il vint plus tard consacrer en grand en accueillant la théorie de la société créée de fait au sein du Code civil⁽¹³⁵⁾. Aujourd'hui, le droit des sociétés cotées sur marchés réglementés n'hésite d'ailleurs plus à forcer à l'existence d'offres de cession d'actions afin de réaliser le droit des actionnaires minoritaires à se retirer de l'affaire⁽¹³⁶⁾, tandis que, de son côté, la loi de sauvegarde des entreprises a permis au juge d'ordonner la cession forcée, par mandataire judiciaire, des titres du dirigeant mis en faillite ou interdit⁽¹³⁷⁾. Entre-temps, la loi portant réforme du divorce octroyait au juge le pouvoir de concéder à bail le logement appartenant à l'un des époux au bénéfice de l'autre, sans qu'il fût exigé de recueillir aucun consentement⁽¹³⁸⁾. Et le Code rural permet de longue date au preneur de passer outre le congé délivré par son bailleur et

relation de travail salarié est d'abord une relation statutaire avant de se contractualiser dans l'accord des parties. Sur la question, v. not. P. DURAND, « Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation de travail », *JCP* 1944, I, 387 ; Ch. FREYRIA, « Nullité du contrat de travail et relation de travail », *Dr. social* 1960, p. 619. Certaines décisions de la Cour de cassation suscitent par conséquent les mêmes réserves, qui paraissent vouloir imposer la qualification contractuelle en l'absence même de toute intention en ce sens des parties à la relation de travail : v. ainsi Soc., 3 juin 2009, préc. *supra*, note 79.

(132) L. JOSSERAND, « Les dernières étapes du dirigisme contractuel : Le *contrat forcé* et le *contrat légal* (contrat dit de *salaire différé*) », *DH* 1940, chr., pp. 5-8. Sur cette figure pseudo-contractuelle, v. égal. P. D'AUBERT, *Le contrat de travail à salaire différé*, th. Rennes, 1943.

(133) P. DURAND, « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », *RTD civ.* 1944, pp. 73-97, n° 17 et s., p. 87 et s. Du contrat de salaire différé, l'auteur tire ce commentaire : « *Il était inutile pour un si médiocre résultat de recourir à la fiction d'un contrat : la situation n'a rien de contractuel.* » (*ibid.*, n° 19, p. 88). Adde R. MOREL, « Le contrat imposé », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle – Études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, t. II, pp. 116-126, qui y voit, n° 12, pp. 125-126, un « *statut légal à forme contractuelle* ».

(134) L. 11 oct. 1940 relative à la reconstruction des immeubles, art. 23 à 26.

(135) C. civ., art. 1873 (rédict. L. 78-9 du 4 janv. 1978). Selon l'acception que l'on en a, la société créée de fait peut aussi se comprendre en effet comme un cadre juridique appliqué à une collaboration objectivement constituée, abstraction faite de toute intention contractuelle, et n'être rien de plus alors qu'une fiction légale de contrat de société : v. *infra*, n° 390, spéc. note 364.

(136) La procédure de garantie de cours contraint ainsi l'actionnaire venant à disposer, par l'acquisition nouvelle d'un ensemble de titres, de la majorité du capital ou des droits de vote à racheter au même prix les titres qui lui seront présentés pendant dix jours par les actionnaires minoritaires (C. mon. et fin., art. L. 433-3, II, et Règl. AMF, art. 235-1 et s.). Et la procédure de retrait obligatoire permet aux actionnaires minoritaires de soumettre encore les majoritaires au principe d'une offre publique d'achat aux cas, notamment, de transformation en société en commandite par actions ou de prise de contrôle, seul ou de concert, de quatre-vingt-quinze pour cent des droits de vote (C. mon. et fin., art. L. 433-4, et Règl. AMF, art. 236-1 et s.). Or, dans tous ces cas, il semble bien que les cessions pourraient se passer du consentement, même contraint, du cessionnaire (rapp. Règl. AMF, art. 236-6, « al. 4 », *i.e.* al. 2).

En revanche, le dépôt obligatoire d'un projet d'offre publique mis à la charge de l'actionnaire qui viendrait à détenir plus du tiers du capital ou des droits de vote (C. mon. et fin., art. L. 433-3, I, et Règl. AMF, art. 234-1 et s.) ne procède en réalité pour lui d'aucune obligation mais seulement d'une condition à l'exercice de ses droits au-delà de cette proportion (v. ainsi C. mon. et fin., art. L. 433-3, I, al. 1^{er}, *in fine*).

(137) C. com., art. L. 653-9, al. 2 (rédict. L. 2005-845 du 26 juill. 2005).

(138) C. civ., art. 285-1 (rédict. L. 75-617 du 11 juill. 1975). Quoique si la plupart des auteurs y voient en effet un cas de rapport contractuel forcé, rien n'indique, ni dans la loi ni en jurisprudence, que ce bail doive être soumis à une telle qualification. Au contraire, il nous est dit que le juge dispose du pouvoir, exorbitant de tout régime contractuel, de « *résilier le bail si des circonstances nouvelles le justifient.* » (art. 285-1, al. 3). Rien n'empêche de qualifier ce bail de *judiciaire*, de même que peuvent être judiciaires le partage, le séquestre ou l'hypothèque (v. *infra*, *eod. num.*), et de même encore que la cession forcée de l'article 274, 2^o, ne constitue pas un contrat de vente.

de lui imposer ainsi le renouvellement du contrat de bail expiré lorsque le bailleur n'exerce pas son droit de reprise à fin d'habitation personnelle ou familiale⁽¹³⁹⁾. Le droit administratif fournirait lui-même un certain nombre d'exemples de relations qualifiées de contractuelles par détermination de la loi et qui exonéreraient ainsi de rechercher l'existence d'une volition véritable chez les parties⁽¹⁴⁰⁾. Enfin, il faut rappeler ici qu'une opinion assez répandue prétend voir un contrat judiciaire dans la cession réalisée par autorité de justice sur un bien saisi, en ce que le jugement d'adjudication⁽¹⁴¹⁾ donnerait acte de l'existence d'un contrat de vente forcée entre l'adjudicataire et le débiteur poursuivi⁽¹⁴²⁾. Cette solution fait fonds d'une présomption d'après laquelle celui qui se constitue débiteur consentirait nécessairement ce faisant à l'éventualité d'une telle cession, puisque les articles 2284 et 2285 – hier 2092 et 2093 – du Code civil font de l'ensemble de ses biens le gage général de ses créanciers⁽¹⁴³⁾. Sauf que l'on fera remarquer que toute dette n'est pas nécessairement contractuelle, et que l'on voit mal où pourrait se loger de ce point de vue la volition de celui qui, par exemple, aura été jugé délictuellement responsable du préjudice causé par sa négligence. En réalité, si convention il y a, celle-ci n'intervient qu'entre l'adjudicataire et le créancier poursuivant, à qui la procédure de saisie a conféré le pouvoir de faire vendre en

(139) C. rur., art. L. 411-46 et s., spéc. art. L. 411-54, al. 2, L. 411-58, al. 2, et L. 411-66 (rédict. décr. 83-212 du 16 mars 1983).

(140) V. not. A. DE LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, 2^e éd., LGDJ, t. I, 1983, n° 8, p. 22, et n° 86, p. 127 ; D. TRUCHET, « Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volontés », in *Le droit contemporain des contrats*, coord. L. Cadiet, Economica, 1987, pp. 185-205, et les exemples cités p. 189 ; F. BRENET, in *J.-Cl. Adm.*, fasc. 602, « Contrats administratifs par détermination de la loi », 2009.

(141) L'adjudication constitue bien un jugement : la loi l'a toujours énoncé (anc. C. proc. civ., art. 712, abrog. ord. 2006-461 du 21 avril 2006, puis C. civ., art. 2210) et, après avoir soutenu un temps le contraire (de 2^e civ., 28 oct. 1970, *Bull.*, II, n° 287, à 20 oct. 1993, *Bull.*, II, n° 289), la jurisprudence a fini par l'affirmer clairement à son tour (e.g. 2^e civ., 11 juin 1997, pourvoi n° 95-16354). Et ce jugement est de nature gracieuse puisque conformément à la lettre de l'article 25 du Code de procédure civile, le juge statue alors « en l'absence de litige [et] est saisi d'une demande dont la loi exige [...] qu'elle soit soumise à son contrôle. » Pour cette qualification : J. VINCENT et J. PRÉVAULT, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 19^e éd., Dalloz, 1999, n° 406, p. 280 ; M. et J.-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 6^e éd., Litec, 2001, n° 1411, p. 452.

(142) V. par ex. 2^e civ., 6 janv. 1966, *Bull.*, II, n° 1 ; 24 avril 1976, *Bull.*, II, n° 123 ; 11 janv. 1979, *Bull.*, II, n° 16 ; 9 juin 1982, *Bull.*, II, n° 87 ; 19 nov. 1986, *Bull.*, II, n° 167 ; 20 oct. 1993, *Bull.*, II, n° 289. Mais peut-être assiste-t-on à l'amorce d'un revirement : v. ainsi 2^e civ., 11 juin 1997, préc. (*supra*, note préc.), qui énonce que « les dispositions de l'article 503 du Code civil ne s'appliquent qu'aux actes juridiques volontaires, et non à un jugement d'adjudication qui constitue la vente forcée de l'immeuble du débiteur saisi » ; puis 3 oct. 2002, *Bull.*, II, n° 199 ; D. 2003, p. 1322, note L. Mauger-Vielpeau, qui estime « qu'un jugement d'adjudication ne [constitue] pas un « contrat réalisant ou constatant une vente » au sens de la loi n° 96-1107 du 18 décembre 1996, dite *Carrez* ; et, même jour, *Bull.*, II, n° 206 ; D. 2003, SC, p. 1468, obs. G. Taormina, lequel arrêt pose en principe que la prescription de l'article 1304 du Code civil « ne concerne que les actions en nullité d'une convention et n'est donc pas applicable aux ventes sur saisie immobilière ».

(143) En ce sens, v. par ex. M. et J.-B. DONNIER, *op. cit.* (*supra*, note 141), n° 1436, p. 458 (comp. 8^e éd., Litec, 2009, nos 1396 et 1397, p. 434) ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Manuel de droit des personnes*, PUF, 2006, n° 233, p. 194, pour qui « La personne [...] est réputée, de manière irréfragable, consentir à la vente de ses biens pour dédommager ses créanciers. ». *Contra*, récusant tout contrat véritable en la matière : P. DURAND, « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », préc. (*supra*, note 133), n° 22, pp. 90-92 ; R. MOREL, art. préc. (*supra*, *ibid.*), n° 1, p. 118, et n° 9, p. 122 ; J. HÉRON, « Réflexions sur l'acte juridique et le contrat à partir du droit judiciaire privé », *Droits*, n° 7, 1988, pp. 85-94, spéc. pp. 92-93 ; A. ENGEL-CRÉACH, *Les contrats judiciairement formés*, th. Paris X, 2001, Economica, 2002, n° 132, pp. 87-89.

justice le bien de son débiteur⁽¹⁴⁴⁾. Ce n'est qu'en ce sens que l'on peut admettre que l'adjudication constitue ce qu'il est convenu d'appeler un contrat judiciaire⁽¹⁴⁵⁾.

Mais même lorsque, au terme de quelque raisonnement conjectural, une qualification contractuelle peut encore être concédée à la rigueur, elle ne s'impose jamais avec la force de l'évidence, tant il est vrai que d'autres situations comparables ne s'y résolvent pas. Le Code civil distingue clairement à cet égard l'indivision légale (C. civ., art. 815 et s.) de l'indivision conventionnelle (art. 1873-1 et s.) ; le partage judiciaire du partage amiable (art. 835 à 842) ; le séquestre judiciaire du séquestre conventionnel, quand bien même renvoie-t-il le régime du premier à celui du second (art. 1963) ; et l'hypothèque, à son tour, est aussi bien légale ou judiciaire que conventionnelle (art. 2395 et 2396). Personne ne prétend non plus imposer une relation contractuelle au patient qui aura été admis inconscient aux urgences : il n'y aura tout au plus alors qu'un quasi-contrat de gestion d'affaire⁽¹⁴⁶⁾. Rien ne commande donc de forcer au contrat là où il n'est pas.

Ce n'est au fond qu'en empruntant, par automatisme, un raccourci jugé expédient que l'on s'autorise à qualifier ainsi de contractuelle une situation qui ne figure que le silence. Le régime spécial d'un contrat déterminé, qui constitue le droit commun en de telles circonstances, exerce son attraction sur des faits qui n'en contiennent pas le présupposé⁽¹⁴⁷⁾ : retenant l'effet en dépit de sa cause, on applique le régime contractuel en l'absence de contrat⁽¹⁴⁸⁾. En somme, de quoi s'agit-il là sinon de *quasi-contrat* ? La loi peut bien organiser spécialement quelques situations extra-contractuelles en renvoyant au régime approprié d'un contrat déterminé, cela ne justifie pas de qualifier la situation de contractuelle si l'on ne peut y déceler aucune convention des parties. Le régime quasi-

(144) C'est bien du reste le créancier qui fixe son prix (C. civ., art. 2206). Rappr. égal. 2^e civ., 7 nov. 1974, *Bull.*, II, n° 286, qui juge que, lorsque le créancier poursuivant devient, faute d'enchères, l'adjudicataire du bien qu'il a mis en vente, il ne se forme alors aucun contrat judiciaire. Implicitement, mais nécessairement, cette solution postule donc que le contrat judiciaire reconnu en d'autres circonstances ne se conclut pas entre l'adjudicataire et le débiteur saisi mais entre l'adjudicataire et le créancier poursuivant, dans la mesure où l'un et l'autre ne se confondent pas. Sur le processus de formation de la vente par adjudication, v. *infra*, n° 157, spéc. note 378.

(145) Sur la qualification contractuelle ou juridictionnelle de la vente par adjudication, v. égal. *infra*, n° 309, *in limine*.

(146) V. ainsi R. et J. SAVATIER, J.-M. AUBY et H. PÉQUIGNOT, *Traité de droit médical*, Litec, 1956, n° 280 ; G. MÉMETEAU, *Cours de droit médical*, 3^e éd., Les Études hospitalières, 2006, n° 461, pp. 316-317. Rappr. encore le cas de la relation statutaire maintenue par-delà la nullité du contrat de travail, *supra*, *eod. num.*, spéc. note 131.

(147) V. ainsi P. ESMEIN, « Rapport sur l'intervention de l'État dans les contrats », *Trav. Assoc. H. Capitant*, t. I, 1945, Dalloz, 1946, pp. 118-134, spéc. p. 125 : « Déclarer qu'un contrat sera formé d'autorité c'est dire qu'on crée une obligation légale, qui prendra la forme technique d'un engagement contractuel. Et il est pratiquement commode, pour régler les rapports des parties, de se référer aux règles du contrat qui comporte les prestations ou services qu'il s'agit de fournir. Cela évite la peine d'élaborer toute une réglementation, et réduit en apparence (ce qui n'est pas sans importance) la contrainte qui existe en réalité. » ; puis in *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, préc. (*supra*, note 71), n° 101, p. 108 : « l'engagement n'a pas, au fond, pour source un contrat. Si la loi le présente comme un engagement contractuel, c'est parce qu'elle trouve dans le type de contrat dont il s'agit un moule approprié au genre de rapports qu'elle établit d'autorité, tellement que, si elle établissait une réglementation, ce serait précisément celle qu'elle établit pour le rapport contractuel correspondant. »

(148) V. Th. REVET, « La clause légale », *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, pp. 277-298, n° 15, p. 295, note 100 : la loi « Qualifierait-elle « contrat » une relation a-volontaire, celle-ci ne serait pas pour autant un contrat. » En même sens : A. ENGEL-CRÉACH, *op. cit.* (*supra*, note 143), n° 102, p. 68.

contractuel du paiement de l'indu n'est ainsi rien de plus que celui du contrat de dépôt, dont les quelques nuances ne s'expliquent que par le caractère involontaire dans le premier cas et volontaire dans le second de la remise pour restitution. Le régime de la gestion d'affaire organisé aux articles 1372 à 1375 du Code civil est dans la même mesure exactement celui du contrat de gestion d'affaire⁽¹⁴⁹⁾, que le droit romain comprenait comme sous-espèce du contrat de mandat⁽¹⁵⁰⁾, et que l'histoire a depuis ravalé au rang des contrats innommés⁽¹⁵¹⁾. Dès lors, tout invite, chaque fois que la loi renvoie au contrat en l'absence d'*animus contrahendi*, à qualifier une telle relation de quasi-contractuelle⁽¹⁵²⁾. On observe du reste que là où la loi impose le contrat contre la volonté des intéressés, la préséance de la réalité l'empêche d'en tirer toutes les conséquences juridiques⁽¹⁵³⁾.

Même si l'on décidait d'ailleurs d'ignorer cette première fiction, la nature contractuelle de la relation serait encore mise à bas par le fait qu'un contrat fictif est aussi nécessairement un contrat entièrement réglementé, qui ne reconnaît comme tel aucune autonomie à la liberté contractuelle.

(149) Sur cette dualité procédurale de la gestion d'affaire, v. par ex. P. HÉBRAUD, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Dalloz, 1960, t. II, pp. 419-476, spéc. p. 438.

(150) V. par ex. P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd., par F. Senn, A. Rousseau, 1929, p. 619 ; A. E. GIFFARD, *Précis de droit romain*, t. II, 3^e éd., Dalloz, 1951, n° 141, pp. 89-90 ; J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, 2^e éd., Montchrestien, 2000, p. 273. Ce qui pouvait conduire ULPNIEN à affirmer que la ratification de la gestion par le maître de l'affaire équivalait à la formation d'un contrat de mandat : « *ratihabitio mandato comparatur* » (Dig., XLVI, III, 12, § 4). Cette assimilation originaire était permise, sinon même requise, par le fait que le mandataire romain agissait alors en son nom propre, par représentation imparfaite, comme agit naturellement le gérant qui administre l'affaire d'autrui.

(151) Dès lors en effet que le mandataire fut plus tard réputé agir en son nom propre (C. civ., art. 1984), il ne fut plus possible d'inclure au sein du mandat les actions purement matérielles, pour lesquelles, faute de déclaration, aucune représentation parfaite ne peut se concevoir (celui qui répare la toiture endommagée de son voisin absent agit bien pour le compte de celui-ci mais ne le fait au nom de personne d'autre que lui-même). Sur cette évolution, v. *supra*, n° 75, spéc. note 466. L'objet du mandat civil se limite ainsi aujourd'hui à la conclusion d'actes juridiques au nom du mandant, alors que celui, distinct, de la gestion d'affaire englobe toute action, juridique ou non, réalisée par le gérant agissant en son propre nom pour le compte du maître de l'affaire (ainsi compris, le contrat de commission, qui porte représentation imparfaite, constitue une sous-espèce du contrat de gestion d'affaire). Ainsi, une telle mission peut, aussi bien que celle attribuée à un mandataire, faire l'objet d'une convention ; ce fut même là sa forme originaire, dont le quasi-contrat de gestion d'affaire ne s'est extrait que plus tard, par analogie. Sur cette antériorité du contrat sur le quasi-contrat de gestion d'affaire, v. J.-F. BRÉGI, *Droit romain – Les obligations*, Ellipses, 2006, pp. 220-221.

(152) C'est la thèse de J. HONORAT, « Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel », *RTD civ.* 1969, pp. 653-691, spéc. nos 22 et 23, pp. 672-674, et nos 28 à 32, pp. 679-691. Et en ce sens déjà : P. DURAND, « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », préc. (*supra*, note 133), n° 24, pp. 93-94. Adde J. HÉRON, art. préc. (*supra*, note 143), spéc. pp. 93-94. *Contra* : M. DOUCHY, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, th. Aix-Marseille III, 1996, Economica, 1997, n° 81, pp. 185-188, qui réserve la qualification de quasi-contrat à l'hypothèse de l'appauvrissement injustifié.

(153) On n'exige plus ainsi des parties de se ménager la preuve scripturale d'un engagement qu'elles ont ignoré, car c'est l'objet même de la preuve qui s'en trouve pour elles modifié : il ne s'agit plus d'établir l'existence de leur volonté, par hypothèse inexistante, mais seulement la réunion des faits constitutifs de la relation réglementée. Et l'on pourrait encore s'interroger sur la question de savoir dans quelle mesure l'imprévisibilité du dommage causé par le débiteur ainsi constitué devrait limiter sa responsabilité (C. civ., art. 1150), considérant que, de toute façon, il n'avait rien prévu du tout. En écartant ainsi à la marge les règles du contrat, c'est au quasi-contrat que l'on rend hommage.

128. Le contenu imposé : du contrat réglementé au statut – Sans aller jusqu'à former un contrat en l'absence de toute volonté des parties, la loi tire parfois bien plus de leur volition que l'objet réellement convenu. Lorsqu'il s'agit de proposer un contenu contractuel par voie supplétive, la solution est naturelle et gage de sécurité juridique : elle libère les parties de la nécessité de tout prévoir et leur assure de bénéficier en toute hypothèse de règles qui préserveront l'équilibre de leurs intérêts réciproques. On se contente d'estimer en ce cas que les parties ont, sinon voulu les dispositions supplétives elles-mêmes⁽¹⁵⁴⁾, au moins accepté de s'en remettre au principe de cette suppléance, le tout jusqu'à preuve – c'est-à-dire clause – contraire. Même lorsque la loi prohibe certaines stipulations par voie d'annulation, elle ne fait encore tout au plus que priver de son effet la volonté des contractants. Mais il en va bien différemment quand, à l'inverse, la loi larde la convention de stipulations impératives⁽¹⁵⁵⁾. Elle ne fait rien d'autre alors qu'appliquer à chacune de ces stipulations la même fiction que celle qu'elle infligeait précédemment à la convention elle-même. On peut bien affirmer que les contractants sont censés connaître et donc adopter ces stipulations légales, le fait est que là ne réside pas le principe de leur force obligatoire : il demeurerait en effet parfaitement vain pour le pollicitant d'établir qu'il ignorait ces dispositions ou, plus avant encore, de manifester une volonté expressément contraire. Les stipulations du contrat réglementé⁽¹⁵⁶⁾ naissent *ex lege* et non *ex contractu*. À nouveau, on applique, même par extension cette fois, le régime du contrat à ce qui n'en a pas l'essence⁽¹⁵⁷⁾.

Cette intégration contractuelle peut intervenir *ex nihilo* ou consister au contraire en la contractualisation d'obligations légales préexistantes. Le premier cas de figure est le plus commun : la loi s'est désormais donné pour vocation d'intervenir pour forcer ainsi le contenu des contrats ; elle le fait en particulier chaque fois qu'elle impose une obligation à l'une des parties nonobstant toute clause contraire⁽¹⁵⁸⁾. Or, il est aussi le plus improbable :

(154) Ce que l'on présume encore néanmoins, en vertu de l'adage *Nemo censitur ignorare legem*.

(155) Sur cette distinction, en la matière, v. not. L. JOSSERAND, « Le contrat dirigé », préc. (*supra*, note 12). Entre la loi qui prohibe et la loi qui prescrit, il y a en effet cette différence essentielle que l'interdiction suppose l'exercice préalable de la liberté contractuelle, qu'elle vient borner, tandis que la prescription dispose *a priori*, dans l'ignorance la plus souveraine de la volonté des parties.

(156) Ou « *contrat dirigé* » chez JOSSERAND (art. préc., *supra*, note 12). Mais on relèvera plus loin que la loi peut aussi diriger un contractant vers un autre (*infra*, n° 129), de sorte que la qualification de contrat dirigé peut s'appliquer aussi bien au cas où la loi impose le contenu d'un contrat que lorsqu'elle impose la personne du cocontractant. RIPERT parlait également de contrat « *dicté* » (v. *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, n° 17, p. 55) ; mais ce dernier épithète pourrait quant à lui s'employer aussi bien pour viser le cas du consentement contraint par la loi (sur lequel v. *infra*, n° 132).

(157) Comp. P. ANCEL, « L'accroissement de la place de l'unilatéralité dans le contrat », in *La contractualisation de la production normative*, dir. S. Chassagnard-Pinet et D. Hiez, Dalloz, 2008, pp. 307-321, n° 10, p. 313, qui paraît encore admettre en ce cas l'existence d'un contrat : « *Un contrat imposé dont le contenu est imposé, est-ce encore un contrat ? Au stade de la conclusion du contrat, l'unilatéralité n'est compatible avec la notion même de contrat que si elle laisse au moins le choix de dire oui ou non.* »

(158) Peu importe de ce point de vue que la loi incruste d'office sa « stipulation » dans le contrat ou qu'elle invalide celui qui ne la contiendrait pas : dans les deux cas, les parties doivent toujours supporter cette clause légale pour pouvoir contracter. Et la loi va parfois plus loin encore : toutes dispositions commençant par « *Le contrat stipule...* », non seulement forcent le contenu du contrat, mais obligent même le pollicitant à feindre de proposer ce qu'on lui impose. Un exemple entre cent : C. assur., art. L. 127-3 (rédict. L. 89-1014 (*suite p. suiv.*)).

quelles que soient les déclarations législatives ou réglementaires et l'habitude prise de baigner ces dispositions à la source conventionnelle, le fait demeure que de telles obligations n'ont rien de contractuel⁽¹⁵⁹⁾. Il suffit d'observer à cet égard à quel point la stricte application du régime contractuel à ces prétendues stipulations relèverait de la pure aberration. On n'imagine pas, par exemple, le juge écarter pour défaut de preuve l'une de ces clauses légales ; non seulement leur existence n'a pas à être établie par écrit, mais elle n'a pas à être établie du tout : *Jura novit curia*. Le droit administratif fait d'ailleurs justice d'une telle fiction : fruits d'une élaboration unilatérale de l'Administration ou, plus souvent aujourd'hui, d'une négociation des acteurs sociaux et économiques entérinée par règlement, les dispositions des actes types conservent, une fois intégrées aux contrats particuliers conclus en regard, leur nature réglementaire⁽¹⁶⁰⁾, de sorte que le recours pour excès de pouvoir serait recevable contre ces clauses détachables du contrat administratif.

Mais la loi n'hésite pas non plus à enfler la convention des parties d'obligations dont le caractère extra-contractuel se dénote pourtant suffisamment de leur préexistence au contrat. Il en va en particulier ainsi lorsqu'elle, ou son interprète, contractualise l'obligation commune de sécurité⁽¹⁶¹⁾ que l'on doit tous à ceux dont l'intégrité physique dépend de

du 31 déc. 1989), relatif à la conclusion du contrat d'assurance de protection juridique. Rappr. encore C. consom., art. L. 121-84-6, « al. 5 » (al. 3, 2°) (réduct. L. 2008-3 du 3 janv. 2008), qui fait obligation au fournisseur de services électroniques d'inclure à son offre une clause résolutoire pour tout contrat d'une durée supérieure à douze mois ; ou art. L. 121-61 (réduct. L. 98-566 du 8 juill. 1998), qui dresse une liste de douze clauses que doit indiquer l'offre de contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé.

(159) V. ainsi L. JOSSERAND, « L'essor moderne du concept contractuel », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Sirey, 1934, t. II, pp. 333-346, spéc. p. 346 : « En réalité, les obligations que l'on insère ainsi d'autorité dans certains contrats, ne sont plus à base de consentement, mais à base d'autorité : ce sont les pouvoirs publics qui les instituent de toutes pièces ; avec elles, on voit reculer le dogme de l'autonomie de la volonté qui cède devant celui de la contrainte ; [...] la Cour de cassation [...] fait produire au contrat, acte de libre volonté, une obligation forcée : l'effet est en contradiction flagrante avec la cause ; la toile jure avec le cadre » ; puis « La « publicisation » du contrat », in *Introduction à l'étude du droit comparé – Recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert*, Sirey, 1938, t. III, pp. 143-158, n° 11, p. 149 : « le cadre, seul, a un caractère contractuel, à l'exclusion de la source profonde, qui est légale ou jurisprudentielle et souvent plus ou moins prétorienne : « par l'intention des parties, mais au-delà de cette intention », telle pourrait être la devise de cette jurisprudence et de cette législation expansives du contenu obligatoire des conventions » ; J. BOULANGER, « Volonté réelle et volonté déclarée », in *Liber amicorum Baron Louis Fredericq*, Gand, 1965, pp. 199-213, n° 6, p. 203 : « À quoi bon recourir à des fictions de volonté qui ne sauraient tromper personne ? Pourquoi prêter aux parties une volonté contractuelle qu'elles n'ont jamais eue, et qu'il est tout au plus vraisemblable de leur attribuer dans certains cas exceptionnels ? » ; et p. 204 : « Le résultat est clair : le juge se meut au milieu de fantômes qui sont ses propres créations. Ne conviendrait-il pas que l'on se débarrassât de cette imagerie ? » ; Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 7^e éd., 2002, n° 3291, p. 663 : « l'introduction dans les contrats d'obligations non réellement voulues par les parties présente souvent des inconvénients [...] Il serait préférable de laisser à leur propos le libre jeu de la responsabilité quasi-délictuelle » ; P. JOURDAIN, « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, Sixièmes Journées René Savatier, Poitiers, 15 et 16 mai 1997, PUF, 1998, p. 74.

(160) CE, 13 mai 1987, n° 13751, *Synd. nat. prof. médecins du travail*, Dr. social 1987, p. 749, concl. J. de Clausade.

(161) Pour le contrat de transport en premier lieu (Civ., 21 nov. 1911, S. 1912, I, p. 73, note Ch. Lyon-Caen ; DP 1913, I, p. 249, note L. Sarrut), mais aussi, entre beaucoup d'autres exemples, dans un contrat de restauration (1^{re} civ., 7 févr. 1966, D. 1966, p. 314), de jeux forains (1^{re} civ., 28 avril 1969, Bull., I, n° 151) ou de manifestation sportive, à l'égard du spectateur (1^{re} civ., 18 nov. 1975, Bull., I, n° 336) comme du participant (1^{re} civ., 10 mars 1992, Bull., I, n° 80). Et l'obligation de sécurité n'est elle-même qu'une hypothèse parmi d'autres, au sein desquelles on trouve encore l'obligation de conseil, ou même, plus récemment, celle pour l'employeur « d'assurer [la défense de son salarié] à un contentieux pénal dont l'objet était lié à l'exercice de ses fonctions » (Soc., 18 oct. 2006, Bull., V, n° 307 ; Rapp., p. 265 ; D. 2007, p. 695, note J. Mouly ; RDC 2007, p. 714, obs. Y.-M. Laithier).

notre pouvoir : contrat ou pas, chacun devra toujours y veiller⁽¹⁶²⁾. On conçoit mal en effet qu'un transporteur puisse s'exonérer de sa responsabilité au seul motif que le passager victime fût sans billet⁽¹⁶³⁾. Si le contrat doit influencer sur la solution, ce n'est que parce qu'il provoque la condition matérielle de l'obligation légale de sécurité⁽¹⁶⁴⁾ – ici transporter un passager – et cet effet n'implique pas en soi de contractualiser cette obligation⁽¹⁶⁵⁾. Il n'est pas sûr d'ailleurs que ce forçage contractuel opère toujours en faveur de la victime. Celle-ci bénéficie bien du régime probatoire, pour elle favorable, qui s'attache à l'obligation contractuelle de résultat lorsque la jurisprudence lui accorde cette nature⁽¹⁶⁶⁾; mais, d'une part, il n'est plus souvent aujourd'hui reconnu qu'une obligation de sécurité de moyens⁽¹⁶⁷⁾, laquelle place à l'inverse le créancier dans une situation généralement défavorable au regard de la charge probatoire qui serait la sienne dans l'ordre délictuel⁽¹⁶⁸⁾, d'autre part, et quand bien même le créancier serait tenu d'un résultat, est-il bien raisonnable de limiter en contrepartie le préjudice réparable au seul dommage prévisible (C. civ., art. 1150) alors que, sans cette contractualisation, la violation de la même obligation ouvrirait droit à réparation

(162) Exemple : l'obligation de sécurité imposée à l'employeur depuis la loi du 9 avril 1898, comme celle inscrite aujourd'hui aux articles L. 4121-1 et suivants du Code du travail, dispose *ex lege* et ne commande nullement la nature contractuelle que lui attribue la jurisprudence (v. par ex. Soc., 11 avril 2002, *Bull.*, V, n° 127). On n'imagine pas ainsi l'employeur se dispenser de cette obligation au prétexte de la nullité du contrat de travail (rapp. *supra*, *eod. num.*, note 131).

(163) La jurisprudence a ainsi eu l'occasion de préciser que le fait que la victime fût dépourvue de titre de transport n'exonérerait pas le transporteur de sa responsabilité délictuelle en qualité, notamment, de gardien du train. V. par ex. 2^e civ., 5 oct. 1988, *Bull.*, II, n° 189 ; 19 févr. 1992, *Bull.*, II, n° 54.

(164) Il s'agit donc déjà, au sens où l'entendait DUGUIT, d'un *acte-condition*, même ici limité à un seul effet. Sur cette qualification, v. *infra*, *eod. num.*

(165) Unanimes : L. JOSSERAND, « Le contrat dirigé », préc. (*supra*, note 12), p. 90 : « En réalité, l'obligation de sécurité absolue n'a rien de sincèrement conventionnel : il s'agit là qu'une obligation légale, ou plutôt jurisprudentielle, que le juge insère de vive force dans le contrat : on considère et on retient, non pas la volonté effective des parties, mais bien celle qu'elles auraient dû avoir » ; G. MORIN, « Les tendances actuelles de la théorie des contrats et les relations du réel et des concepts », *RTD civ.* 1937, pp. 553-563, spéc. p. 559, puis *La révolte du droit contre le Code*, Sirey, 1945, pp. 22-24 ; J. CARBONNIER, *op. cit.* (*supra*, note 28), n° 295, pp. 520-521 ; Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.* (*supra*, note 159), « 7^e éd. » [10^e éd.], 2008, n° 3309, p. 846 : « S'il existe un devoir général de ne pas porter atteinte à la sécurité d'autrui, le manquement à ce devoir engage la responsabilité nécessairement délictuelle de son auteur ; il n'y a pas lieu à cet égard de distinguer selon qu'auteur et victime sont liés ou non par un contrat » ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 3^e éd., LGDJ, 2006, n° 501-1, p. 472 : « Finalement, la construction jurisprudentielle a pris des proportions envahissantes et apparaît aujourd'hui comme une excroissance injustifiée de la responsabilité contractuelle » ; P. JOURDAIN, « Le fondement de l'obligation de sécurité », in *Le développement de l'obligation de sécurité*, colloque Chambéry, 15 nov. 1996, *Gaz. Pal.* 1997, II, doct., p. 1196 ; Y. LAMBERT-FAIVRE, « Fondement et régime de l'obligation de sécurité », *D.* 1994, chr., p. 81 ; Ph. RÉMY, « Les nouveaux développements de la responsabilité civile », *RGDA* 1996, p. 529 ; C. BLOCH, *L'obligation contractuelle de sécurité*, PUAM, 2002, dont c'est là justement la thèse ; N. VEZINA, *L'obligation de sécurité – Étude de droit comparé (droits français et québécois)*, th. Paris II, 2006, nos 114 à 134, pp. 60-79.

(166) V. ainsi 1^{re} civ., 6 oct. 1998, *Bull.*, I, n° 269 ; *JCP* 1999, II, 10186, note Y. AUBRÉE, qui retient sur le fondement délictuel une cause exonératoire qu'elle n'aurait probablement pas retenue si la victime avait été munie d'un titre de transport. Quoique la différence ne paraît plus guère en vigueur lorsque le fait émane d'un tiers : 2^e civ., 15 mars 2001, *Bull.*, II, n° 56.

(167) V. not. G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.* (*supra*, note 165), nos 552 et 553, pp. 543-553, et les nombreuses décisions citées.

(168) Spécialement lorsqu'il peut se prévaloir de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil. Pour cette critique : J. CARBONNIER, *loc. cit.* (*supra*, note 165), spéc. p. 521 ; Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.* (*supra*, note 165), n° 3304, p. 667 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *loc. cit.* (*supra*, note 165), et n° 554, p. 553.

intégrale⁽¹⁶⁹⁾ ? Certes, cette seconde forme de contractualisation pourrait paraître, des deux, la moins incongrue, pour cette raison précisément que l'obligation légale préexiste au contrat : les parties qui forment un contrat enté sur une obligation préexistante peuvent bien, après tout, avoir voulu comprendre celle-ci dans celui-là. Mais au fond, on voit bien qu'un tel argument ne porte pas plus loin : le fait demeure que cette contractualisation est imposée, non seulement dans le silence des parties, mais au cas même de leur stipulation contraire, de sorte qu'elle relève aussi bien que précédemment d'une pure fiction⁽¹⁷⁰⁾. La nature légale de ces obligations est d'ailleurs assez attestée par le simple fait que la Cour de cassation contrôle leur observation par les juges du fond⁽¹⁷¹⁾. On aurait pourtant battu moins d'estrades⁽¹⁷²⁾ si le juge, sinon le législateur lui-même, s'était rappelé que, à la veille même de cette funeste entreprise, un jeune auteur, déjà, nous offrait cet axiome pour mise en garde : « *Tout n'est pas contractuel dans le contrat* »⁽¹⁷³⁾.

L'aboutissement de cette logique réglementaire achève d'ailleurs de convaincre. Car la fiction qui pèse sur chacune des clauses imposées portera sur l'ensemble du contrat si aucune de ses prévisions, ou du moins aucune de ses prévisions essentielles, n'est laissée à la libre détermination des contractants. Qu'a donc encore en effet de contractuel l'accord

(169) Il est vrai que la Cour de cassation ne semble guère encline à considérer que le préjudice résultant de la violation d'une obligation de sécurité puisse être imprévisible. Pour cette critique néanmoins : P. JOURDAIN, note sous 1^{re} civ., 17 janv. 1995, *D.* 1995, p. 350 ; Ph. RÉMY, « Critique du système français de responsabilité civile », *Dr. et cult.* n° 31, 1996, pp. 31-49, spéc. pp. 48-49. Rapp. encore J. CARBONNIER, *loc. cit.* (*supra*, note 167) : « *c'est artifice que de faire entrer là-dedans des bras cassés et des morts d'hommes ; les tragédies sont de la compétence des a. 1382 s.* ».

C'est pour échapper à ce hiatus que l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription remis au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005 propose de permettre en ce cas à la victime de choisir entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle (C. civ., art. 1341, al. 2, proj.). On remarquera d'ailleurs que la loi n° 98-389 du 19 mai 1998, transposant la directive communautaire n° 85/374 du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, a spécifiquement conservé la nature légale de cette responsabilité (C. civ., art. 1386-1 et 1386-18, al. 1^{er}), alors pourtant que celle-ci se développe le plus souvent au sein d'une relation contractuelle.

(170) La seule solution juridiquement admissible est donc de présumer, à la limite, cette contractualisation, tout en permettant aux parties de l'écarter. Rien n'interdirait alors de maintenir encore l'obligation dans la même rigueur, mais à titre légal cette fois, idée prise que celui qui s'engage contractuellement à telle prestation doit aussi en assumer toutes les implications extracontractuelles. Ce n'est qu'à ce titre que l'on peut accorder quelque effet dispositif, et non simplement interprétatif, à l'article 1135 du Code civil. L'identité du résultat ne commande pas l'identité des moyens.

(171) V. en ce sens G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.* (*supra*, note 165), n° 515, p. 498.

(172) Combien de pages justement noircies à ce chapitre pour dénoncer, entre autres exécutions, la « crise du contrat » (e.g. A. BARREYRE, *L'évolution et la crise du contrat*, th. Bordeaux, 1937 ; H. BATIFFOL, « La crise du contrat et sa portée », *Arch. phil. dr.*, t. 13, *Sur les notions du contrat*, 1968, pp. 13-30), sa « décadence » (G. MORIN, *La loi et le contrat : La décadence de leur souveraineté*, F. Alcan, 1927) ou sa « désagrégation » (*id. auct.*, « La désagrégation de la théorie contractuelle du Code », *Arch. phil. dr.* 1940, pp. 7-32), son « déclin » (G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 2^e éd., LGDJ, 1948, nos 136 à 166, pp. 251-302), son « éclatement » (R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1^{re} série, 3^e éd., Dalloz, 1964, nos 16 à 124, pp. 21-151), etc.

(173) E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, th. Lettres, Paris, 1893, liv. I, chap. VII, § II, p. 230. Ou plus exactement peut-être : *Tout n'est pas contractuel du fait du contrat*, en ce sens que le contrat emporte des effets en son sein mais aussi en son dehors. L'auteur poursuit ainsi : « *Les seuls engagements qui méritent ce nom [de contrat] sont ceux qui ont été voulus par les individus et qui n'ont pas d'autre origine que cette libre volonté. Inversement, toute obligation qui n'a pas été mutuellement consentie n'a rien de contractuel. Or, partout où le contrat existe, il est soumis à une réglementation qui est l'œuvre de la société et non celle des particuliers, et qui devient toujours plus volumineuse et plus compliquée.* »

par lequel les parties entrent dans un rapport juridique entièrement et impérativement réglé par la loi ? Si la réalité des volitions constitutives empêche de voir à nouveau en cette hypothèse un quasi-contrat, sauf à en élargir encore le sens, il demeure que, pour y avoir accord, il n'y aura pas contrat⁽¹⁷⁴⁾ : c'est de *statut* qu'il s'agira alors⁽¹⁷⁵⁾, quand bien même la loi soumettrait-elle artificiellement celui-ci à un régime contractuel. Il y a toujours une convention, au sens le plus large, puisqu'il y a rencontre des volontés, mais celle-ci n'est plus la source de la prescription : elle n'est tout au plus que la condition nécessaire, et non constitutive, d'un effet juridique dont la source exclusive réside dans la loi⁽¹⁷⁶⁾ ; parfois même, elle aura pour seul objet d'individualiser une disposition impérative, sans en conditionner l'effet obligatoire.

Dans le premier cas, l'accord, condition d'application du statut, constitue, selon la terminologie publiciste, un « *acte-condition* »⁽¹⁷⁷⁾. De tels actes ne sont pas rares, et le mariage constitue certainement le premier d'entre eux⁽¹⁷⁸⁾ : les époux ne règlent rien des effets de

(174) V. par ex. N. GOMAA, *Théorie des sources de l'obligation*, th. Paris, 1966, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 88, 1968, n° 14, pp. 33-34 : « la volonté commune des parties doit respecter l'ordre public. Mais si l'ordre public efface totalement ou presque totalement cette volonté commune, nous ne serons pas devant un contrat. » ; puis n° 73, p. 91 : « Pour nous, si la détermination du contenu de l'opération n'est pas l'œuvre de la volonté commune des parties, nous ne sommes pas en présence d'un contrat. » Pour d'autres au contraire, il importe peu que les parties ne règlent rien des effets de leur convention : dès qu'il y a accord préalable à la naissance de droits, il y a contrat. V. par ex. en ce sens F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé*, th. Paris II, 2006, Economica, Rech. jur., vol. 17, 2008, n°s 98 à 104, pp. 92-99, qui en déduit logiquement alors que l'analyse contractuelle, qui ne concernerait ainsi que la source, ne s'opposerait pas à l'analyse institutionnelle, qui s'attacherait aux seuls effets.

(175) V. par ex. E.-H. PERREAU, « Une évolution vers un statut légal des contrats », in *Recueil d'études sur le sources du droit en l'honneur de François Gény*, Sirey, 1934, t. II, pp. 354-367. Il y a un statut chaque fois qu'un ensemble de règles ordonnées autour d'un même objet s'édicte d'autorité (v. *supra*, n° 18). On parle parfois aussi d'*institution*, mais moins exactement alors, car un statut ne devient institution que lorsqu'il s'établit dans le but d'œuvrer à l'organisation, non pas seulement de son objet propre, mais, par là, de l'ensemble dans lequel il s'insère et, notamment, de la société elle-même (sur ces nuances sémantiques, v. *supra*, *ibid.*). Or, il s'en faut que les statuts évoqués ici produisent tous un tel effet. Du reste, quand bien même ceux-ci constitueraient en outre des institutions, ce sera toujours en tant que statuts qu'ils s'opposeront à l'analyse contractuelle.

(176) Puisque, rappelons-le, le contrat se définit comme l'accord de volonté, donc la convention, constitutive en tant que telle d'un effet juridiquement obligatoire (v. *supra*, n° 115, spéc. note 8). Or, il y a une différence fondamentale entre la loi qui délègue son pouvoir dispositif aux parties (C. civ., art. 1134, al. 1^{er}) et celle qui conditionne son effet propre à leur accord.

(177) V. à la source, L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, A. Fontemoing, 1901, pp. 55 et 298, puis *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., E. de Boccard, t. I, 1927, § 31, p. 328. V. égal. Max WEBER, qui distinguait en même sens le contrat-statut (*Statuskontrakt*) du contrat-fonction (*Zweckkontrakt*) : *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr, Tübingen, 1922, trad. J. Freund et al., *Économie et société*, Plon, 1971, p. 401 (*Rechtssoziologie* [Sociologie du droit], trad. J. Grosclaude, PUF, 1986, p. 50). La première édition du *Vocabulaire juridique* dirigé alors par Henri CAPITANT (PUF, 1936) définissait précisément l'acte-condition comme l'« *acte juridique dont l'effet est de rendre applicable, à un individu déterminé, une règle de droit générale, un statut légal ou réglementaire* » (nonobstant les réserves terminologiques exprimées ailleurs par l'auteur : v. *Les principes fondamentaux du droit des contrats*, Les Cours de droit, Paris, 1932-1933, p. 33). Refusant dès lors la qualification de contrat à cette soumission conventionnelle à un statut légal : G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol*, LGDJ, t. II, 1957, n°s 55 à 59, pp. 25-27. *Contra*, estimant que ce caractère n'exclut pas la qualification de contrat, quitte à l'associer par antilogie à celle d'institution : J.-J. NEUER, « Le contrat-institution – Essai sur les modes de formation du contrat en droit privé », *PA* 19 juin 1995, n° 73, pp. 4-10.

(178) V. not. en ce sens A. COSTE-FLORET, *La nature juridique du mariage*, th. Montpellier, 1935, p. 174 : « Le mariage, dans le Code civil, est un acte-condition tripartite attributif d'une situation objective légale. » Et J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *La famille, l'enfant, le couple*, 21^e éd., PUF, 2002, p. 459.

leur union, sinon par un acte qui s'en détache absolument et qui porte seul le nom de contrat de mariage⁽¹⁷⁹⁾. Si l'institution matrimoniale réclame l'accord des volontés, cet accord ne forme donc pas pour autant un contrat⁽¹⁸⁰⁾. À bien des égards, et nonobstant la pétition de la loi⁽¹⁸¹⁾, le pacte civil de solidarité, dont les effets sont entièrement réglés par le Code⁽¹⁸²⁾, répond de la même logique statutaire, donc extra-contractuelle⁽¹⁸³⁾. C'est la

(179) Cette seule qualification, celle-ci pleinement acquise, oblige à penser, sous peine de confusion, que le mariage n'est quant à lui pas un contrat.

(180) L'analyse contractualiste est l'analyse historiquement première du mariage : elle appartient à une époque où la pensée juridique, qui découvrait la notion de contrat, ne s'attachait guère encore à celles de statut ou d'institution, et où le regard ne portait par conséquent pas plus loin que l'accord, indiscuté, des volontés. Si l'on ajoute que la qualification contractuelle était aussi, à la fin de l'Ancien Régime, celle qui s'attachait à l'étude strictement civiliste du mariage, par exclusion du droit canonique qui en a toujours fait, en outre, un sacrement, on concevra volontiers que POTHIER, pour livrer un exemple emblématique, ait intitulé *Traité du Contrat de mariage* celui qui traitait du mariage lui-même. V. ainsi R.-J. POTHIER, *Traité du Contrat de mariage*, J. Debure, Paris, et V^{ve} Rouzeau-Montaut, Orléans, 1772, t. I, n° 3, p. 4 (*Œuvres de Pothier*, par J. Bugnet, éd. Cosse & Delamotte, t. VI, 1846, p. 1) : « Nous avons cru ne pouvoir mieux terminer notre *Traité des Obligations, et des différents contrats et quasi-contrats d'où elles naissent*, que par un *Traité du Contrat de Mariage, ce contrat étant le plus excellent et le plus ancien de tous les contrats*. » ; après avoir toutefois observé au numéro précédent que « Le terme de contrat de mariage est équivoque : il est pris dans ce *Traité* pour le mariage même : ailleurs il est pris dans un autre sens, pour l'acte qui contient les conventions particulières que font entre elles les personnes qui contractent mariage. ». La sécularisation opérée du mariage par la Révolution n'a fait, en éloignant la convention du sacrement, qu'en accentuer, dans un premier temps, son aspect contractuel. V. ainsi Const. 3 sept. 1791, titre II, art. 7, reproduit in L. 20 sept. 1792 : « La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil ». Mais avec le développement des théories institutionnalistes de droit public (v. not. M. HAURIOU, *Principes de droit public*, 2^e éd., Sirey, 1916, pp. 108-172 ; *id. auct.*, « La théorie de l'institution et de la fondation – Essai de vitalisme social », in *La cité moderne et les transformations du droit*, Cah. Nouv. journ., n° 4, 1925 ; G. RENARD, *La théorie de l'institution*, Sirey, 1930 ; *id. auct.*, *L'institution : fondement d'une rénovation de l'ordre social*, Flammarion, 1933 ; *id.*, *La philosophie de l'institution*, Sirey, 1939 ; G. MORIN, « Vers la révision de la technique juridique : le concept d'institution », *Arch. phil. dr.* 1931, pp. 73-85 ; J. DELOS, « La théorie de l'institution », *ibid.*, pp. 97-153 ; A. DESQUEYRAT, *L'institution, le droit objectif et la technique positive – Essai historique et doctrinal*, th. Paris, 1933 ; J. PORTEMER, « Du contrat à l'institution », *JCP* 1947, I, 586), s'élaborèrent des instruments juridiques propres à rendre meilleur compte de la nature véritable du mariage. Depuis lors, l'analyse contractualiste du mariage a nettement marqué le pas. V. par ex. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, préc. (*supra*, note 177), § 40, p. 411, qui qualifie le mariage d'union plutôt que de contrat ; H. CAPITANT, *Les principes fondamentaux du droit des contrats*, préc. (*supra*, note 177), pp. 12-23 ; A. COSTE-FLORET, *La nature juridique du mariage*, th. Montpellier, 1935, p. 234, qui y voit un « acte-condition accord attributif d'une situation juridique objective ». Et lorsque l'on y voit encore un « contrat », ce n'est plus que pour désigner l'accord de volonté par lequel les époux embrassent leur statut. V. not. G. RENARD, « Qu'est-ce que le mariage ? Institution ou contrat ? », in *Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio*, vol. 2, Modena, 1931, pp. 346-358, spéc. p. 350 : « L'enveloppe est contractuelle, mais le contenu passe toutes les possibilités du contrat. La forme est contractuelle ; au fond, le mariage est un acte d'institution. » ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil – Les personnes*, 3^e éd., Sirey, 1976, n° 67, p. 74 : « On peut donc dire que le mariage est un contrat par lequel les parties adhèrent à une institution dont le statut a été élaboré par l'autorité publique » ; G. CORNU, « Consentement au mariage et consentement au divorce en trompe-l'œil », in *Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein – Droit comparé des personnes et de la famille*, Bruylant, 1998, pp. 103-114, spéc. p. 104 : « Contrat ? Institution ? Comme s'il n'était pas évident que, dès le seuil, la dynamique du contrat s'engageait sous la charte d'une institution ? Le mariage « n'a que l'entrée de libre » souriait Montaigne. », puis p. 106 : « Dans le mariage, le contrat est adhésion à l'institution. » ; ou encore *Droit civil – La famille*, 9^e éd., Montchrestien, 2006, n° 155, p. 274.

(181) C. civ., art. 515-1 : « Un pacte civil de solidarité est un contrat... »

(182) C. civ., art. 515-1 à 515-7, dont le Conseil constitutionnel (déc. n° 99-419 DC du 9 nov. 1999) a relevé la nature impérative, sauf précision textuelle contraire (art. 515-5). Mais il faudrait encore y ajouter les diverses dispositions essaimées dans le Code de l'action sociale et de la famille, le Code de la sécurité sociale, le Code du travail, le Code général des impôts, etc. S'il est toujours loisible aux partenaires d'ajouter à la loi, au moins le régime légal se suffit-il à lui-même et en constitue l'essentiel.

(183) V. du reste l'article 47, V, de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, qui prescrit l'application de la loi nouvelle aux pactes en cours, contrairement au principe qui prévaut naturellement en matière contractuelle. Et encore C. civ., art. 517-1-1 (rédact. L. 2009-526 du 12 mai 2009) qui désigne la loi du pays
(suite p. suiv.)

même cause encore, dans un tout autre domaine, qui commande l'analyse statutaire de l'embauche du fonctionnaire ou de l'agent contractuel de l'État, là où le droit privé se contente d'observer la conclusion d'un contrat de travail ; car au contraire du secteur privé, où le salarié est toujours libre de négocier avec son employeur les conditions de son travail et de sa rémunération⁽¹⁸⁴⁾, l'emploi public répond à un cadre entièrement défini par la loi et le règlement⁽¹⁸⁵⁾. Et, pour revenir à l'origine de la théorie de l'acte-condition, le statut subrogera le contrat chaque fois qu'un particulier choisira d'utiliser un service public dont les conditions sont essentiellement déterminées, non par celui, concessionnaire, délégataire ou établissement, qui est en charge du service, mais par l'autorité publique elle-même⁽¹⁸⁶⁾. Ce en quoi le recours aux services d'un officier public ne relève pas, dans le cadre du ministère qui est le sien, d'un rapport contractuel : la solution paraît aujourd'hui assez bien

d'enregistrement du pacte pour régler sa formation et ses effets plutôt que la loi d'autonomie ordinairement applicable en matière contractuelle.

Si le Pacs emporte l'application d'un statut, il n'est pas sûr en revanche qu'il constitue une institution, cette autre qualification supposant de lui reconnaître en outre un rôle social déterminant (v. *supra*, n° 18). Or, il pourra paraître prématuré à beaucoup d'attacher pour l'heure un tel caractère à un engagement dont l'objet n'intéresse pour l'essentiel que le droit des biens. Mais peut-être est-il déjà en voie d'institutionnalisation : l'article 515-4 du Code civil (rédict. L. 2006-728 du 23 juin 2006) prescrit désormais en son alinéa premier que « *Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'engagent à une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle et une assistance réciproques.* » Autant d'obligations extra-patrimoniales nouvelles propres à établir un rapport quasi-conjugal. Sur la question, v. not. D. FENOUILLET, « Couple hors mariage et contrat », in *La contractualisation de la famille*, dir. D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières, Economica, 2001, pp. 81-132, spéc. pp. 100-110 ; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « PACS et famille – Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé », *RTD civ.* 2001, pp. 529-546 ; M. GRIMALDI, « Réflexions sur le pacte civil de solidarité du droit français », *Deffrénois* 2003, art. 37763, pp. 813-824. Sur les conditions d'existence du Pacs, v. *infra*, n° 394.

(184) Raison pour laquelle, aussi réglementé soit-il, le contrat de travail demeure pour l'essentiel un contrat, sous réserve de la nature extra-contractuelle des obligations accessoires imposées par la loi aux parties (v. *supra*, eod. num., in *limine*). En ce sens not. : J. PÉLISSIER, A. SUPLOT et A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Dalloz, 24^e éd., 2009, n° 286, p. 385. Comp. hier : P. DURAND, « Aux frontières du contrat et de l'institution : la relation de travail », préc. (*supra*, note 131). Et ce constat doit être fait pour tous les contrats réglementés par lesquels les parties déterminent encore elles-mêmes, même dans certaines limites, l'élément essentiel que constitue le prix, quelque forme qu'il prenne : loyer pour le contrat de bail d'immeuble, prix de vente pour le contrat de vente d'immeuble à construire, primes pour le contrat d'assurance, etc.

(185) Si bien que l'article 4 de la loi n° 83-634 du 13 juill. 1983 dispose : « *Le fonctionnaire est, vis-à-vis de l'administration, dans une situation statutaire et réglementaire.* » Adde CE, 3 févr. 2003, n° 235066, qui estime, au vu de l'article L. 6154-4 du Code de la santé publique (« *Les modalités d'exercice de l'activité libérale font l'objet d'un contrat conclu entre le praticien concerné et l'établissement public de santé sur la base d'un contrat type d'activité libérale établi par voie réglementaire. Ce contrat est approuvé par le représentant de l'État dans le département* »), que « *nonobstant le terme de « contrat » employé par la loi pour dénommer l'acte par lequel sont retracées les modalités de l'activité libérale exercée par un praticien hospitalier, les praticiens autorisés à exercer cette activité sont vis-à-vis de l'administration dans une situation réglementaire et non contractuelle* ».

(186) V. par ex. CE, 6 mai 1985, n° 47861, *Min. PTT c. Ricard*, *Rec.*, p. 144, qui, tout en qualifiant de contrat la prétendue convention qui liait l'ancien service des postes et des télécommunications à ses usagers, refusa de lui appliquer le régime du contrat administratif au motif qu'elle avait alors « *un contenu entièrement défini par voie législative et réglementaire* ». Si ces conditions avaient dépendu de la volonté de l'administrateur du service, il n'y aurait rien eu de plus qu'un contrat d'adhésion. On ajoutera qu'il y a ici d'autant moins contrat que l'offre de service est de droit pour l'utilisateur, et que si le concessionnaire a pu effectivement vouloir en assumer la concession, il devient passablement artificiel de prétendre, dans la relation ultérieurement entretenue avec l'utilisateur, à l'existence d'une volonté de toute façon forcée (v. *supra*, n° 127). Non seulement donc le régime de cette relation est statutaire, mais l'acte-condition qui la forme ne constitue même plus, sauf fiction, une convention.

assise pour les notaires⁽¹⁸⁷⁾, et l'on peut s'étonner que la jurisprudence continue à qualifier cette relation de contractuelle pour les autres officiers ministériels que sont les huissiers de justice et les commissaires-priseurs⁽¹⁸⁸⁾. Ce en quoi encore la relation nouée entre le patient et le médecin n'a plus grand chose de contractuelle lorsque celui-ci exerce en secteur public⁽¹⁸⁹⁾ ou dans le cadre d'une mission de contrôle de nature administrative⁽¹⁹⁰⁾. De la même façon enfin, lorsqu'il est prescrit de conclure un « *contrat d'accueil et d'intégration* » avec la personne de nationalité étrangère souhaitant s'installer en France, on ne fait que subordonner au consentement de l'intéressé⁽¹⁹¹⁾ l'application d'obligations entièrement et impérativement déterminées par la loi et le règlement⁽¹⁹²⁾; moyennant quoi cet accord a tout de l'acte condition d'application d'un statut et rien du contrat.

L'acte-condition n'exclut d'ailleurs pas de laisser aux parties la faculté de préciser les modalités d'application de leurs obligations statutaires, tant qu'elles ne font ainsi que les mettre en œuvre : elles réaliseront cette individualisation le plus souvent et, parfois même, seront tenues par la loi d'y procéder. C'est ainsi que le dit « *contrat de responsabilité parentale* » conditionne le maintien des allocations familiales à la mise en œuvre par les titulaires de l'autorité parentale de mesures destinées à rétablir en fait cette autorité sur l'enfant en difficulté⁽¹⁹³⁾. Il ne s'agit rien de plus en somme, en déterminant ces mesures, que de rappeler les parents à leurs obligations légales⁽¹⁹⁴⁾. S'il doit y avoir contrat, ce ne peut donc être qu'en ce que cet accord ferait naître une obligation réciproque à la charge des

(187) V. par ex. 1^{re} civ., 13 déc. 2005, *Bull.*, I, n° 496 ; 3 avril 2007, *Bull.*, I, n° 142 ; 23 janv. 2008, *Bull.*, I, n° 27. Mais au-delà de son monopole ministériel, qui se limite à l'instrumentation authentique, les autres missions requises du notaire par son client (conseil sans instrumentation, rédaction d'acte sous seing privé, négociation, arbitrage, gestion de patrimoine, etc.) ne relèvent plus d'un rapport statutaire ; ces missions sont du reste rémunérées comme activité libérale, par honoraires, et non plus par émoluments réglementés (décr. 78-262 du 8 mars 1978). De sorte que, si l'on voulait bien distinguer, il y aurait lieu de reconnaître l'existence d'un contrat pour ces autres obligations.

(188) V. ainsi 1^{re} civ., 7 févr. 2006, *Bull.*, I, n° 55, pour la convention liant le commissaire-priseur au vendeur ; et 16 janv. 2007, *Bull.*, I, n° 20, pour la relation nouée entre l'huissier et la partie requérant de lui la signification d'un acte de procédure.

(189) V. par ex. R. et J. SAVATIER, J.-M. AUBY et H. PÉQUIGNOT, *op. cit.* (*supra*, note 146), n° 474 ; A. DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, t. I, *Droit administratif général*, 16^e éd., par Y. Gaudemet, LGDJ, 2001, n° 1061 ; J. PENNEAU, *La responsabilité du médecin*, 3^e éd., Dalloz, 2004, p. 14 ; A. DORSNER-DOLIVET, *La responsabilité du médecin*, Economica, 2006, n° 6, pp. 6-7.

(190) Not. pour la médecine du travail. En ce sens, v. J. PENNEAU, *loc. cit.* (*supra*, note préc.).

(191) Forcé par ailleurs : v. *infra*, n° 132, spéc. note 223.

(192) CESEDA, art. L. 311-9, L. 311-9-1 et L. 314-2 (rédict. L. 2006-911 du 24 juill. 2006), et art. R. 311-19 à R. 311-30 (rédict. décr. 2006-1791 du 23 déc. 2006).

(193) Le forçage de ce consentement par la menace de la suspension des allocations n'est pas ici en question (sur quoi v. *infra*, n° 132) : il s'agit seulement de relever pour le moment que, forcé ou pas, les parents ne tendent de toute façon qu'à vouloir des mesures que la loi impose déjà plus ou moins dans leur principe.

(194) Ainsi que l'énonce du reste l'article L. 222-4-1, alinéa 1^{er}, du Code de l'action sociale et des familles, introduit par la loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 : « *Ce contrat rappelle les obligations des titulaires de l'autorité parentale et comporte toute mesure d'aide et d'action sociales de nature à remédier à la situation.* » Adde art. R. 222-4-1, 2^o, rédict. décr. 2006-1104 du 1^{er} sept. 2006. Pour cette analyse, v. ainsi M. DOUCHY-LOUDOT, *D.* 2006, pan., pp. 2432-2433 : « *En définitive, ce contrat apparaît avant tout comme une mesure de police destinée à faire prendre conscience aux parents en difficulté de leurs obligations en qualité de parents. C'est en quelque sorte, pour les parents, ce qui existe déjà pour leurs enfants sous une autre forme, le rappel à la loi.* »

services sociaux⁽¹⁹⁵⁾. Mais dès lors que c'est la loi elle-même qui exige de proposer des mesures d'aide aux parents, il ne paraît y avoir de ce point de vue encore que l'individualisation d'une obligation légale⁽¹⁹⁶⁾.

Où l'on voit que l'accord qui prétend ainsi à la qualification de contrat pourrait ne même plus conditionner l'application du statut, qui s'imposera en toute hypothèse : il n'aura plus alors pour seul objet que d'en préciser les modalités d'application à une situation déterminée. Il semble bien à cet égard que le « *plan d'aide au retour à l'emploi* » (Pare) conclu entre l'Assedic et le demandeur d'emploi se borne à individualiser les obligations que la loi et le règlement mettent à leur charge⁽¹⁹⁷⁾, lorsqu'il ne se contente pas même de rappeler ces obligations au demandeur d'emploi⁽¹⁹⁸⁾. Si les textes jouent en effet d'ambiguïté, paraissant conditionner le service de l'allocation à la conclusion de cette convention⁽¹⁹⁹⁾, le juge administratif a eu l'occasion de rappeler de son côté que la prestation due au demandeur d'emploi en vertu de la loi ne saurait être soumise à une condition que cette loi ne pose pas⁽²⁰⁰⁾. Semblablement, la convention relative à l'exercice de l'autorité parentale (C. civ., art. 373-2-7), qui se limite, selon les termes de la disposition qui la prévoit, à organiser les modalités d'exercice de l'autorité parentale et à fixer la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, ne fait rien d'autre que de mettre ainsi en œuvre une obligation légale, comme le ferait le juge à défaut d'accord, et ne constitue donc pas proprement un contrat. Pour cette raison encore, il est douteux que l'on puisse soumettre à quelque qualification contractuelle l'accord par lequel le prévenu accepte le principe de sa peine afin

(195) CASF, art. L. 222-4-1, al. 1^{er}, préc. (*supra*, note préc.), et art. R. 222-4-1, 4^o.

(196) Rapp. J. ROCHFELD, *RTD civ.* 2006, p. 401, et *RTD civ.* 2007, p. 412, qui voit dans ce « contrat » un « mécanisme de confirmation d'obligations légales existantes, aux fins de prise de conscience » ; *id. auct.*, « Le contrat de responsabilité parentale, une nouvelle figure du « contrat pédagogique », *RDC* 2006, pp. 665-670, spéc. p. 667 ; S. LAMBERT, « Le nouveau contrat de responsabilité parentale, où l'autorité de l'État prend le relais de l'autorité parentale », *Dr. fam.*, juin 2007, étude n° 25, pp. 16-19, en même sens. Comp. F. ROLIN, « Les visages menaçants du nouveau contractualisme : le contrat de responsabilité parentale », *RDSS* 2007, pp. 38-46, qui y voit pour sa part un contrat administratif.

(197) V. ainsi conv. d'assurance chômage du 1^{er} janvier 2001 (agrée par arr. min. du 4 déc. 2000), art. 1^{er}, § 1, d, et règl. annexé, art. 14, § 1. En ce sens, v. Ph. JACQUES, *RTD civ.* 2007, pp. 503-514.

(198) Au contraire, le « *contrat d'insertion* », conclu entre le département et l'allocataire du revenu minimum d'insertion, est susceptible de développer un contenu dépendant suffisamment de la libre disposition des parties (v. CASF, art. L. 262-37 et L. 262-38) pour que l'on ne puisse se contenter d'y voir l'individualisation d'un statut ni l'acte-condition de son application. Ce contrat-ci en est bien un (v. *infra*, n° 132, spéc. note 220).

(199) V. ainsi règl. annexé, art. 1^{er}, § 3 : « *Le versement de l'allocation et l'accès aux services prévus par le présent règlement sont consécutifs à la signature du plan d'aide au retour à l'emploi.* ». Tout aussi stupéfiante, cette clause du Pare qui, sous l'intitulé « *Nos engagements* », prétend constituer cette obligation à la charge de l'Assedic : « *Nous nous engageons : à vous verser, si vous en remplissez les conditions d'attribution, une allocation d'assurance chômage dénommée « allocation d'aide au retour à l'emploi » dans la limite de vos droits, et du respect des engagements que vous prenez ci-contre, conformément au code du travail* », alors que cette obligation, essentielle entre toutes, résulte non de l'accord des parties mais des articles L. 5421-1 et suivants du Code du travail, dans son principe, et des articles 12 et 21 à 28 du règlement annexé à la convention du 1^{er} janvier 2001, dans son montant. Ainsi jugé : Soc., 31 janv. 2007, *Bull.*, V, n° 15 (*D.* 2007, p. 988, rapp. J. Chauviré, et p. 1469, note Ch. Willmann ; *RDC* 2007, p. 1085, obs. J. Rochfeld), qui prend soin – au contraire du communiqué joint – d'éluider ce disant la question, pourtant posée par le pourvoi, de la qualification contractuelle du Pare ; car le fait est en effet que, contrat ou pas, le droit à indemnisation ne dépend de toute façon pas de l'accord des parties.

(200) CE, 11 juill. 2001, n° 228361, *Synd. Sud-Travail, Rec.*, p. 377 ; *RJS* 2001, nos 1167 et 1168 ; *Dr. social* 2001, p. 857, concl. S. Boissard ; *JCP* 2002, II, 10058, note X. Pétrot.

d'en obtenir pour contrepartie son aménagement⁽²⁰¹⁾ : il ne s'agit que de faire participer l'intéressé à la fixation judiciaire du quantum d'une sanction qui s'impose toujours, *volens nolens*, dans son principe. Quant à la « charte des thèses » instituée par un arrêté ministériel du 3 septembre 1998, le Conseil d'État a eu l'occasion de juger que, en s'immisçant dans une relation essentiellement réglementaire, une telle convention ne pouvait avoir aucune valeur contractuelle, et que ses stipulations s'en trouvaient par conséquent dépourvues de tout effet obligatoire⁽²⁰²⁾.

S'il peut sembler admissible, dans une perspective toute kantienne, de rechercher ainsi l'acceptation immédiate de la norme par son justiciable afin de doubler le juridique par le psychologique, et d'user, dans ce même but, de la rhétorique contractuelle à l'endroit de l'intéressé⁽²⁰³⁾, on se gardera donc de prendre cette métaphore pour un mot du droit⁽²⁰⁴⁾.

(201) V. not. C. proc. pén., art. L. 529-3 et s. (rédict. L. 85-1407 du 30 déc. 1985), et art. L. 44-1 (rédict. L. 2006-396 du 31 mars 2006), pour la transaction pénale ; art. L. 41-2 (rédict. L. 99-515 du 23 juin 1999), pour la composition pénale ; art. L. 495-7 et s. (rédict. L. 2004-204 du 9 mars 2004), pour la comparution immédiate sur reconnaissance préalable de culpabilité. Sur la tentation de l'analyse contractuelle appliquée à ces procédures, v. cep. M. VAN DE KERCHOVE, « Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle ? », in *La contractualisation de la production normative*, préc. (*supra*, note 157), pp. 187-201.

(202) CE, 21 déc. 2001, n° 220997, *Perbal*, *Rec.*, p. 666.

(203) Par où il s'agirait en somme de compenser la perte de légitimité d'une loi devenue aussi pléthorique que technique en s'assurant, non pas seulement de sa compréhension, ce qui serait déjà beaucoup, mais de son acceptation par le sujet de droit. Que l'on ait seulement garde que, en posant pour nécessaire cette acceptation individuelle de la loi, on ne porte pas atteinte au principe démocratique lui-même. Car, selon la logique ici à l'œuvre, la norme ne vaudrait plus tant parce que démocratiquement adoptée que, avant tout, parce que directement consentie par son justiciable. Poussée à son terme, cette subversion du légal par le contractuel ne figure rien moins que la fin du droit. Rapp. sur ce point A. SUPLOT, *Homo juridicus – Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2005, p. 142, qui stigmatise en cela le « contractualisme », compris, pour faire écho à SUMNER MAINE, comme « l'idée selon laquelle le lien contractuel serait la forme la plus achevée du lien social et aurait vocation à se substituer partout aux impératifs unilatéraux de la loi ». En même sens, v. égal. J. ROCHFELD, « La contractualisation des obligations légales », in *Repenser le contrat*, dir. G. Lewkowicz et M. Xifaras, Dalloz, 2009, pp. 261-273, spéc. pp. 270-272 : « À l'égard de la loi, [...] on ne peut que remarquer son affaiblissement dans la hiérarchie des normes telle qu'elle est traditionnellement présentée. Que peut signifier, en effet, le constat qui émerge de l'instrumentalisation réalisée, à savoir que le contrat deviendrait nécessaire pour entériner des droits et obligations d'ores et déjà existants en vertu de la loi ? Il semble indiquer que la force obligatoire qui s'y attache – et ce, alors même que sa portée normative et ses caractères d'autodétermination se seraient affadis – s'impose comme plus prégnante que le respect dû à la loi, au moins dans la psychologie des destinataires de la norme. En ce sens, la qualité de contractant serait ressentie comme plus assujettissante que celle de citoyen. [...] Le phénomène marquerait donc la faillite de la loi et de l'institution à imposer leur puissance à l'égard du justiciable, le relais du contrat intervenant comme la marque de sa supériorité ». À quoi s'ajoute que « la contractualisation peut être comprise comme le symptôme de la complexification et de l'affaiblissement du droit, et l'émergence du contrat pédagogique comme l'outil par lequel la loi, dont les caractères d'accessibilité, de lisibilité et de force contraignante auraient diminué, serait traduite en un langage plus accessible comme construit sur des vocables d'intérêts privés et une logique de « contreparties ». Si bien que « En définitive, on aboutirait à une totale relecture du contrat social, par une reformulation, par le biais de la technique contractuelle de droit privé et de l'échange, du lien de l'individu envers la collectivité : de lien statutaire et collectif, il deviendrait un lien interindividuel d'échange et de contreparties. » Sur le phénomène, v. plus largement P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *RDP* 1982, p. 275 ; Ph. GÉRARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Fac. univ. Saint-Louis, Bruxelles, 1996 ; *Les évolutions du droit (Contractualisation et Procéduralisation)*, universités d'été du barreau de Rouen 2001 et 2002, textes réunis par Ch. Pigache, PU Rouen, 2004 ; S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, Droit et Société, t. 16, 2007 ; *id. auct.*, *La contractualisation de la procédure normative*, Dalloz, 2008. Au sein de ce dernier ouvrage, v. not. S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ, « Le système juridique français à l'ère de la contractualisation », pp. 3-76,, n° 57, p. 31 : « Cette promotion du contrat pourrait apparaître comme le symptôme d'une crise des modes traditionnels d'expression de la volonté politique. » ; et encore, en même sens, M. MEKKI, « Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat », pp. 323-343, qui note *in fine*, au n° 31, que « L'inflation du mot contrat révèle ainsi une crise : celle de l'idée de représentation en matière politique. »

En lieu de contrat, il paraît bien n'y avoir au fond, dans cette tendance nouvelle de la loi, que la volonté de subordonner le bénéfice du droit qu'elle fait naître à la contrepartie d'un engagement personnel de son bénéficiaire. Là où la norme dispose, le contrat se dérobe.

129. Le cocontractant imposé – Un autre type de contrat dirigé consiste, non plus à forcer son contenu, mais à orienter l'offrant vers un cocontractant objectivement déterminé voire nommément désigné. Le pollicitant demeure libre ici de contracter mais, s'il choisit de s'engager, il est alors tenu de se tourner vers celui que lui indique la loi. On en trouve au moins deux illustrations, dans l'existence d'un monopole de droit d'une part⁽²⁰⁵⁾, et dans les droits de préemption légale d'autre part⁽²⁰⁶⁾. Il y a bien en ces cas une forme d'atteinte à la liberté contractuelle de l'offrant⁽²⁰⁷⁾ mais, dans la mesure où, sauf *intuitus personae*, l'identité du cocontractant ne participe pas de la substance du contrat, cette atteinte n'affecte pas, en soi, l'existence de ce dernier.

Ce contrat dirigé là demeure donc un véritable contrat, au contraire de ceux qui, réglementés ou nés *ex lege*, ne forment jamais que des accords ou des quasi-contrats qui tendent à l'application d'un statut excluant toute qualification contractuelle⁽²⁰⁸⁾. Ce en quoi il importait de distinguer la pollicitation véritable des propositions qui, forcées dans leur existence ou dans leur contenu, s'accommodent du silence de leur auteur pour le soumettre à un rapport juridique de nature réglementaire. Car le fait est que le contrat ne saurait poindre sans volonté exprimée. Et il en irait de même si cette expression était involontaire.

2. L'expression involontaire

130. Une volition forcée ou égarée – Le déclarant a pu manifester sa volonté par contrainte (a) ou par mégarde (b). Dans l'un ou l'autre cas, cette déclaration, sauf l'apparence provoquée⁽²⁰⁹⁾, ne suffira pas, faute d'intention, à former le contrat⁽²¹⁰⁾.

(204) Ne serait-ce que parce que les juristes savent bien que le problème de la qualification n'est pas qu'une question de mots : elle emporte l'application d'un régime propre à la notion reconnue.

(205) Ex. : celui de frapper monnaie conféré à La Monnaie de Paris (C. mon. et fin., art. L. 121-3 et s., rédact. L. 2006-1666 du 21 déc. 2006), qui succède en ce monopole à l'Administration des monnaies et des médailles (L. 31 juill. 1879).

(206) Ex. : l'obligation de présenter son offre de cession de part indivise aux coïndivisaires (C. civ., art. 815-14), ou son offre de cession d'un bien immobilier au preneur en place (L. 89-462 du 6 juill. 1989, art. 15, II ; C. rur., art. L. 412-1 et s.), à la Safer (C. rur., art. L. 143-1), la commune (C. urb., art. L. 211-1 et s.) ou au département (C. urb., art. L. 142-3). Il faut y associer les droits de retrait qui, opérant substitution rétroactive de contractant après la formation du contrat, ont bien pour effet d'imposer au pollicitant un cocontractant qu'il n'a pas voulu. En revanche, toute subrogation ou cession qui interviendra ultérieurement, en cours d'exécution, ne mettra plus en jeu la liberté contractuelle initialement exercée.

(207) Premier des trois grands principes directeurs du droit européen du contrat tels que mis en évidence par l'Association Henri Capitant et la Société de législation comparée pour servir à l'élaboration d'un cadre commun de référence, la liberté contractuelle s'expose ainsi dans l'article qui l'introduit : « *Chacun est libre de contracter et de choisir son cocontractant.* » (*Projet de cadre commun de référence – Principes contractuels communs*, SLC, 2008, Principes directeurs, art. 0:101, al. 1^{er}).

(208) V. *supra*, n^{os} 127 et 128.

(209) Sur l'exception de volonté apparente, v. déjà *supra*, n^o 118, spéc. note 69, et plus gén. *infra*, n^o 229 et s.

a. *L'émission par contrainte*

131. La contrainte physique – La contrainte strictement physique est plus qu'une contrainte psychologique : on vise ici la situation dans laquelle les forces de l'auteur, cédant à une puissance extérieure, ne lui permettront pas d'empêcher la manifestation de ce qui se présentera comme sa volition. L'hypothèse pourrait paraître d'école⁽²¹¹⁾, elle n'en demeurerait pas moins théoriquement incontournable : elle se distingue autant de la contrainte psychologique que l'inexistence se distingue du vice du consentement et de la nullité relative. Mais, mieux encore, elle est tout à fait pratique : il est parfaitement possible d'envisager que l'on ne puisse s'empêcher d'adopter un comportement qui, aux yeux du tiers, manifesterait une volonté contractuelle. Pour ne prendre qu'un exemple, et si l'on s'en tient à la solution communément admise qui fait du chauffeur de taxi l'auteur d'une offre acceptée par le client montant dans son véhicule⁽²¹²⁾, il faut logiquement en inférer qu'une offre pourrait être émise contre le gré du conducteur dont le véhicule se sera immobilisé de lui-même en tête de station ou dont l'indicateur visuel ne s'éteindrait plus⁽²¹³⁾.

Au contraire de la contrainte psychologique, qui suppose toujours pour s'exercer la participation intellectuelle de sa victime, la contrainte exercée sur le corps ou sur la chose qui en dépend court-circuite le rapport intime qui relie le mouvement à la volonté ; de sorte qu'elle ne tend pas seulement à vicier le consentement donné mais prive cette volition feinte de son existence même. Pour faire écho à une théorie duale de l'erreur, la doctrine classique a ainsi pu parler en cette hypothèse de « *violence-obstacle* », par distinction d'avec la violence vice du consentement, signifiant en cela que la contrainte mettait ici obstacle à l'existence même du contrat⁽²¹⁴⁾. Si l'on veut s'exprimer simplement, on préférera dire aujourd'hui, même contre la lettre du Code, qu'il est deux formes de *contrainte* : la contrainte physique, ou *violence* strictement entendue⁽²¹⁵⁾, qui empêche la formation du

(210) Sur l'essence subjective du contrat, v. *supra*, n° 118.

(211) Sentiment entretenu par les hypothèses exhumées des ouvrages classiques : v. *infra*, *eod. num.*, note 214.

(212) Pour l'analyse contraire cependant, v. *infra*, n° 157, *in fine*.

(213) Comp. lorsque le comportement adopté par le chauffeur de taxi s'explique, non par une contrainte physique, mais par sa méprise, *infra*, n° 133.

(214) V. not. V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 5^e éd., Cotillon, t. IV, 1855, n° 403, p. 345 : « Si donc je me plaignais d'une erreur ou d'une violence vraiment exclusive du consentement ; si, alors, que vous entendiez me vendre votre maison d'Auteuil, j'avais compris votre maison de Paris ; ou si la violence dont j'ai été victime avait consisté à conduire ma main de vive force pour former ma signature sans aucune participation de ma volonté, ce ne serait plus le cas que prévoit nos articles. Il y aurait alors absence de consentement, absence de contrat ; or, notre article, encore une fois, ne parle et ne devait parler que du cas où le consentement a été donné, mais donné dans des circonstances qui permettent de la faire annuler. » V. égal. Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, [4^e éd.], A. Durand et al., 1877, n° 132, p. 124 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, 3^e éd., A. Marescq aîné, 1878, t. II, n° 299, p. 398 : « la violence physique, au moment où le consentement est donné, fait qu'il n'y a pas de consentement. [...] Si l'on force ma main à tracer les caractères qui constituent ma signature, il est évident que je ne consens pas, et qu'en réalité le contrat sera inexistant. » ; D. et A. DALLOZ, *Jurisprudence générale – Répertoire méthodique et alphabétique*, 2^e éd., t. XXXIII, 1860, v° Obligations, n° 169, pp. 89-90 ; C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, A. Rousseau, 1900, XLIII^e leçon, p. 605 ; R. DEMOGUE, *op. cit.* (*supra*, note 95), n° 292, p. 481. *Adde* encore *Principes du droit européen du contrat*, SLC, 2003, art. 4:108, comment. I, p. 216.

(215) Donc différemment des articles 1111 à 1115 du Code civil.

contrat, et la contrainte psychologique, ou simple *menace*⁽²¹⁶⁾, qui, et à la condition encore d'être illégitime, n'affecte que l'intégrité d'une volonté effectivement émise.

132. La contrainte juridique – De ce qui précède, il résulte que la contrainte juridique que fait parfois peser la loi sur la volonté contractuelle ne vaut jamais que comme contrainte psychologique et ne porte donc directement atteinte qu'à la théorie des vices du consentement, sans annihiler totalement l'existence d'une volition qui demeure effectivement émise. *Coacta voluntas, tamen voluntas*.

Le point mérite d'être précisé tant les exemples qui suivent sont généralement confondus aux autres *contrats imposés* que sont les contrats fictifs et les contrats réglementés, lesquels seuls peuvent être tenus pour proprement inexistant⁽²¹⁷⁾. On parlera ici, au sens le plus strict, de *contrats forcés*, par distinction des *contrats fictifs*, pour lesquels le consentement est, non pas seulement forcé, mais purement et simplement ignoré, et des *contrats réglementés*, dont seul le contenu est imposé⁽²¹⁸⁾. Il est vrai qu'une certaine complication provient parfois de ce qu'un contrat peut être à la fois forcé, dans sa formation, et réglementé, dans son contenu⁽²¹⁹⁾. Si un tel contrat doit être jugé inexistant, ce ne sera donc que pour cette seconde cause et non du fait de la contrainte juridique qui aura pesé sur la volonté de celui qui a malgré tout consenti.

Parmi les contrats forcés, *proprio sensu*, figure en bonne place le « *contrat d'insertion* » conclu entre le bénéficiaire du revenu minimum d'insertion et le représentant du département : l'allocataire se voit en effet contraint de former cet accord s'il veut conserver le bénéfice de sa prestation alimentaire⁽²²⁰⁾. Et si l'on avait dû s'en tenir à la lecture des textes réglementaires et conventionnels, on aurait conclu identiquement pour le « *plan d'aide au retour à l'emploi* » (Pare), à la conclusion duquel le règlement annexé à la convention d'assurance chômage semble bien subordonner le versement de l'allocation de

(216) C'est-à-dire celle que le Code qualifie de violence. Et il doit être bien entendu que toute menace, même physique, constitue toujours une contrainte psychologique : celui qui est contraint de contracter sous la menace portée à son intégrité physique manifeste toujours un consentement, lequel n'est jamais que vicié – et non pas inexistant – du fait de cette menace. Non seulement donc il n'y a aucun intérêt logique à distinguer, au sein de la théorie des vices du consentement, entre violence physique et violence psychologique, mais cette distinction porte même totalement à faux.

(217) V. *supra*, n^{os} 127 et 128.

(218) *Ibid.* Sur ces nuances, v. not. P. DURAND, « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », préc. (*supra*, note 133), n^o 14 et s., p. 84 et s. ; R. MOREL, art. préc. (*supra*, *ibid.*), *passim* ; J. BOULANGER, art. préc. (*supra*, note 159), n^{os} 4 et 5, pp. 201-203 ; R. SAVATIER, *op. cit.* (*supra*, note 172), n^{os} 72 à 77, pp. 83-91 ; G. ROUHETTE, *op. cit.* (*supra*, note 22), n^o 2, p. 13 ; J. HONORAT, art. préc. (*supra*, note 152), n^o 28, pp. 679-680.

(219) Ce qui explique que l'on retrouve ici certains des exemples déjà rencontrés plus haut, not. *supra*, n^o 128, spéc. note 191 et s.

(220) Le législateur (L. 92-722 du 29 juill. 1992) ne craint d'ailleurs pas le paradoxe lorsqu'il prétend que « *Le contrat est librement conclu par les parties* » deux alinéas après avoir affirmé que « *l'allocataire et les personnes prises en compte pour la détermination du montant de cette allocation [...] doivent conclure un contrat d'insertion avec le département* » (CASF, art. L. 262-37, al. 1^{er} et 3), et alors même qu'il n'a cessé, une section plus tôt, de faire peser sur l'allocataire la menace d'une suspension de son revenu (v. not. art. L. 262-19, al. 4, L. 262-21, L. 262-23 et L. 262-28).

retour à l'emploi, en dépit de l'appréciation contraire du Conseil d'État⁽²²¹⁾. La méthode ne cesse du reste de se développer puisque c'est sous une menace analogue que les parents devront désormais élaborer un « *contrat de responsabilité parentale* »⁽²²²⁾ et les étrangers signer le « *contrat d'accueil et d'intégration* »⁽²²³⁾. Ces exemples sont probablement les plus patents, en ce qu'ils correspondent à des hypothèses où l'autorité publique force le particulier à la conclusion d'un accord avec elle-même et impose donc autant le contrat que le cocontractant. Mais les personnes privées peuvent également, et le plus souvent, se voir contraintes de contracter entre elles, quand bien demeurerait-elles libres de choisir leurs cocontractants. Il suffit d'évoquer ici, parmi d'autres, la convention par laquelle l'époux débiteur d'une prestation compensatoire fournit au créancier la garantie ordonnée par le juge aux affaires familiales (C. civ., art. 277) ou la personne mise en examen constitue la sûreté exigée par le juge des libertés et de la détention (C. proc. pén., art. 138, al. 2, 15°, et art. 142 et s.) ; celle par laquelle tout commerçant se plie à son obligation d'ouvrir un compte auprès d'un établissement bancaire (C. com., art. L. 123-24) ; le contrat d'assurance que doivent préalablement souscrire les conducteurs de véhicules motorisés pour circuler⁽²²⁴⁾ ou nombre de professionnels pour exercer⁽²²⁵⁾ ; ou encore la cession imposée des parts que détient dans sa société le dirigeant mis en faillite personnelle ou interdit, enjoint par le juge d'y procéder sous la menace de la nomination d'un mandataire *ad hoc*⁽²²⁶⁾.

Lorsque, en d'autres cas, la sanction n'est pas suffisante pour forcer absolument l'accord, elle n'intervient plus que comme branche d'une obligation alternative. C'est bien à ce titre que la loi incite parfois au renouvellement du contrat en agitant la menace d'une indemnité due au cocontractant⁽²²⁷⁾. Mais même alors, cette menace suffit à contraindre une volonté ainsi tenue d'opter pour l'une ou l'autre de ces deux obligations.

(221) V. *supra*, n° 128, spéc. notes 199 et 200.

(222) Le versement de leurs allocations familiales pouvant être suspendu jusqu'à la formation de ce contrat : CASF, art. L. 222-4-1, al. 2 (rédict. L. 2006-396 du 31 mars 2006). V. à cet égard M. DOUCHY-LOUDOT, D. 2006, pan., p. 2432 : « *Ne nous y trompons pas, ce contrat de responsabilité est en réalité un mal nommé. Il s'agit tout d'abord d'un « contrat forcé », non pas une résurrection des contrats nés ex lege, au sens de Josserand dans les années trente, mais où la liberté de ne pas consentir en quelque sorte se paie.* »

(223) C'est ici la nécessité pour l'étranger d'obtenir la carte de résident qui force son consentement : CESEDA, art. L. 311-9, al. 3, et L. 314-2 (rédict. L. 2006-911 du 24 juill. 2006) ; *adde* art. L. 311-19, al. 4, qui semble bien postuler que la signature du contrat d'accueil et d'insertion est obligatoire hors l'exception qu'il pose. C'est en tout cas la lecture qu'en fait la Halde (délib. 2007-370 du 17 déc. 2007), qui estime contraires aux engagements internationaux de la France les articles L. 311-9 et L. 311-9-1 de ce Code, tels qu'issus la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007. L'article L. 311-9-1 (rédict. L. 2007-1631, préc.) va même jusqu'à prévoir en son deuxième alinéa que, lorsqu'il s'agit de regrouper sa famille en France, « *le non-respect de ce contrat* » d'accueil et d'intégration trouvera une sanction – exquise – dans « *la mise en œuvre [et d'abord donc la conclusion] du contrat de responsabilité parentale* » ! Sur ce contrat, v. J. ROCHFELD, « D'une nouvelle manifestation du contrat pédagogique ? Le contrat d'accueil et d'intégration », RDC 2008, pp. 193-197.

(224) V. not. C. assur., art. L. 211-1, et C. route, art. L. 324-2, pour les véhicules terrestres à moteur.

(225) E.g. C. assur., art. L. 220-1 et s., pour les exploitants de remontées mécaniques ; art. L. 241-1 et L. 243-3, pour les architectes et constructeurs d'ouvrages de bâtiment ; C. santé publ., art. L. 1142-2, pour les professionnels de la santé ; L. 71-1130 du 31 déc. 1971, art. 27, et décr. 91-1197 du 27 nov. 1991, art. 104, pour les avocats.

(226) C. com., art. L. 653-9, al. 2 (rédict. L. 2005-845 du 26 juill. 2005).

(227) V. par ex. C. com., art. L. 134-12, au bénéfice de l'agent commercial, et art. L. 145-14 et s., au bénéfice du preneur à bail commercial.

Pour ne pas tout à fait priver d'existence le contrat ainsi forcé, il n'en reste pas moins que de telles dispositions portent une atteinte à peu près aussi flagrante à la liberté contractuelle, à laquelle le Conseil constitutionnel a pourtant eu l'occasion de reconnaître finalement une valeur supra-législative⁽²²⁸⁾. Cette violence légale ne devrait dès lors pouvoir s'exercer qu'à la condition de justifier de la poursuite d'un intérêt au moins aussi impérieux que celui qui s'attache, en premier ordre, à la nécessité de garantir l'autonomie de la volonté de tout contractant.

Brimée sans être ainsi tout à fait niée, la volonté demeurerait parfaitement factice en revanche si, plutôt que par contrainte, elle était émise par mégarde.

b. L'émission par mégarde

133. La déclaration incontrôlée – Il est possible d'exprimer une volition contractuelle sans l'avoir souhaité et sans y avoir été pour autant contraint : il suffira d'adopter fortuitement un comportement qui passera aux yeux de tous comme une offre de contrat.

Les exemples ne manquent pas. Celui qui, pour servir sa réflexion, rédige la sollicitation envisagée puis, par confusion ou maladresse, l'expédie à la place d'une autre missive⁽²²⁹⁾, n'aura pas voulu exprimer l'offre qu'il aura pourtant formellement émise. Le rédacteur qui, maîtrisant mal la langue de son correspondant, aura mal traduit ses intentions, pourrait également fort bien, contre sa volonté, passer pour sollicitant aux yeux de ce destinataire. L'observateur qui saluera d'un geste de la main un ami aperçu dans une salle de vente risque fort de se voir attribuer la dernière enchère⁽²³⁰⁾. Le vendeur qui, dans l'aménagement de sa vitrine, aura inopinément laissé un objet à proximité d'une indication de prix se trouvera engagé par l'acceptation qu'aura cru donner le chaland à une offre en réalité non voulue. Et pour s'en tenir à nouveau à la solution faisant du chauffeur de taxi l'auteur d'une

(228) Déc. n° 2000-437 DC du 19 déc. 2000, *Rec.*, p. 190, consid. 37, qui juge qu'une disposition simplement incitative, par ailleurs inspirée par des motifs d'intérêt général, « n'apporte pas à la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen une atteinte contraire à la Constitution ». Et encore déc. 2003-487 du 18 déc. 2003, *Rec.*, p. 473 (*AJDA* 2004, p. 216, obs. J.-E. Schoettl ; *RFDC* 2004, p. 114, note L. Gay ; *Dr. social* 2004, p. 245, note X. Prétol ; *D.* 2004, SC, p. 1274, obs. A. Duffy) par laquelle le Conseil, saisi d'un recours formé contre la loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité (L. 2003-1200 du 18 déc. 2003), jugeait que l'allocataire du revenu minimum d'insertion ayant « la possibilité de s'opposer à l'inclusion du "contrat insertion – revenu minimum d'activité" parmi les actions d'insertion qui lui sont proposées [...] l'article 43 de la loi déferée ne porte atteinte ni à la liberté personnelle ni à la liberté contractuelle » (consid. 28). À travers ces décisions, la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle est ainsi consacrée, non plus seulement pour veiller au respect par le législateur des conventions antérieurement conclues, mais pour l'obliger même, le cas échéant, à ne pas forcer la volonté initiale des contractants.

(229) Ou avec une autre missive, à laquelle elle se sera jointe par inadvertance. Et, progrès de l'informatique, il nous est à présent offert d'envoyer involontairement, par une simple pression mal maîtrisée, un courrier électronique sans nécessiter aucune autre confusion.

(230) V. not. sur cette hypothèse, et d'autres, C. WITZ, *loc. cit.* (*supra*, note 50), et la doctrine allemande à laquelle il est renvoyé. Celle-ci invoquerait justement à cette occasion la notion de *Nicht-Existenz* (d'après *Projet de cadre commun de référence – Terminologie contractuelle commune*, Assoc. H. Capitant et SLC, 2008, p. 481). Sur la question de la qualification contractuelle de l'enchère, v. *infra*, n° 157, spéc. note 378.

offre de contrat de transport⁽²³¹⁾, il faudra bien en déduire que cette offre pourrait être inconsciemment émise par le conducteur qui aura omis d'éteindre son indicateur visuel ou qui aura arrêté par mégarde son véhicule en tête de station⁽²³²⁾.

Chacun pourra bien s'y être laissé prendre, et se prévaloir encore de l'apparence objectivement constituée⁽²³³⁾, il n'en demeure pas moins que la déclaration n'aura ici exprimé qu'une volonté fondamentalement inexistante, faute pour son auteur d'avoir jamais voulu s'engager. Il y manquera l'intention, élément constitutif de toute volition et sans laquelle la déclaration ne figurera qu'une offre ectoplasmique⁽²³⁴⁾.

134. La déclaration mal orientée – Le déclarant a pu vouloir exprimer une intention contractuelle et l'avoir néanmoins mal dirigée, l'adressant à un autre que le destinataire recherché. Il s'agit bien là d'une erreur portant sur l'identité même du destinataire et non seulement sur ses qualités⁽²³⁵⁾; en ce dernier cas en effet, la méprise du pollicitant ne lui ouvrirait jamais qu'une action en nullité relative pour erreur sur la personne de son cocontractant, et à la condition d'établir encore que ces qualités avaient déterminé son consentement⁽²³⁶⁾. En somme, l'auteur aura ici confondu son destinataire avec un autre.

Mais même alors, l'offre mal orientée n'en existera pas moins : dès lors que son auteur a cru s'en dessaisir à destination de celui qu'il cherchait à joindre, sa déclaration réunira les deux éléments, objectif et subjectif, qui constituent toute volition contractuelle⁽²³⁷⁾, peu important que l'intéressé n'ait jamais pu prendre connaissance de cette proposition⁽²³⁸⁾. Le réceptionnaire de fait ne sera certes pas autorisé, sauf sa croyance légitime, à accepter

(231) Pour la solution contraire, v. cep. *infra*, n° 157, *in fine*.

(232) Pour l'hypothèse dans laquelle le comportement du chauffeur s'expliquerait, non par sa méprise, mais par la contrainte, v. *supra*, n° 131.

(233) Sur cette exception accordée à l'acceptant, v. *infra*, n° 229 et s., et déjà *supra*, n° 118, spéc. note 69.

(234) Sur la préséance de l'élément intentionnel dans la formation du contrat, v. *supra*, n° 118. Quant aux difficultés attachées au renversement de la présomption de volition, on renverra son examen là où la question se pose le plus pertinemment, soit pour l'acceptant (v. *infra*, n° 184, *in fine*) : car l'offrant, pour sa part, demeure soumis en toute hypothèse au jeu toujours opposable de la théorie de l'apparence.

(235) *L'error in persona* du droit romain a d'abord visé cette erreur avant de s'étendre sur le tard aux qualités du cocontractant pour les contrats de bonne foi conclus *intuitu personae*. GIRARD s'en tient encore ainsi à la seule erreur sur l'identité du cocontractant (*op. cit.* (*supra*, note 150), pp. 490-491). Pour l'évolution, v. P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du Droit privé*, t. I, *Les Obligations*, 2^e éd., PUF, 1969, n° 111, p. 133 ; D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007, p. 510.

(236) Même si celui qui se méprend sur l'identité de son destinataire peut aussi commettre, par voie de conséquence, une erreur sur les qualités attendues de son cocontractant, s'il en attendait quelqu'une. Le consentement au mariage ne fait à cet égard pas exception : chaque époux se détermine toujours en fonction de l'identité du futur, qu'il reconnaît « *ici présent* » ; en sorte que l'erreur sur l'identité du conjoint se borne en réalité à une erreur sur son état civil, dont on comprend qu'elle ne soit pas aussi dirimante, viciant tout au plus un consentement qui n'en aura pas moins été donné (v. ainsi 1^{re} civ., 19 févr. 1975, *Bull.*, I, n° 70).

(237) Comp. lorsque la volition aura été sciemment exprimée à un tiers, *supra*, n° 117, *in fine*.

(238) Il faudrait que le déclarant ait consciemment exprimé sa volonté à celui qu'il savait ne pas être destinataire, et que cet interlocuteur ne fût en outre pas autorisé à transmettre le message, pour empêcher que sa manifestation de volonté vaille pollicitation : ce tiers interlocuteur ne transmettrait alors qu'une offre en réalité jamais émise. Comp. *infra*, n° 154, spéc. note 342, pour l'offre affectée d'une réserve de non-engagement.

l'offre reçue par erreur⁽²³⁹⁾, mais le destinataire recherché pourra toujours, quant à lui, y consentir s'il vient à la connaître. Ceci parce que, en un tel cas, l'existence de la volonté du pollicitant sera certaine.

B - L'EXISTENCE INCERTAINE DE LA VOLONTÉ

135. Une volonté inaccessible – Si l'inexistence certaine de la volonté empêchait à l'évidence la convention de paraître, il suffira encore à cette volonté de demeurer simplement incertaine pour retenir le contrat dans son néant. Le fait volontaire allégué reste en effet susceptible de ne pas pouvoir être établi (1), ou le sens du comportement établi de ne pouvoir être saisi (2).

1. Le fait non établi

136. Prouver l'existence d'un comportement – Celui qui allègue l'existence d'une volonté devra naturellement la prouver. Or, que la volition se fasse expresse ou tacite, elle résultera toujours d'un comportement qui devra lui-même être attesté en premier lieu. Faute de pouvoir répondre à cette condition préalable, le contrat manquerait à se montrer et, par là, à exister en droit.

Si l'on cherche à se prévaloir d'une volonté expresse, on tentera de mettre en évidence l'existence d'un comportement formellement destiné à assurer cette déclaration de volonté ; si l'on argue de l'existence d'une volonté tacite, on pourra alors étendre l'objet de sa preuve à tout type de comportement. Celui-ci pourrait même, en dernière hypothèse, consister en une passivité absolue, seul restant à établir en un tel cas la réunion de circonstances propres à rendre ce silence suffisamment signifiant pour pouvoir en déduire qu'il valait néanmoins déclaration.

137. Prouver l'existence d'un comportement volitif – Prouver l'existence d'un comportement ne suffit pas toujours à établir que celui-ci, même réputé volontaire, fut adopté en vue d'exprimer une volonté. Dès lors en effet que l'on invoque l'existence d'une volition seulement tacite, il est encore nécessaire de démontrer que l'auteur qui n'a pas directement manifesté sa volonté a cependant cherché à l'exprimer à travers son attitude ; et si le comportement excipé ne figure que le silence, cet effort portera d'autant plus sur les circonstances qui l'ont environné pour le rendre signifiant⁽²⁴⁰⁾. Au contraire, l'adoption d'un

(239) Seul ce contrat sera donc inexistant, et pour une autre raison alors : ce n'est pas l'offre qui aura fait défaut, mais l'acceptation qui aura été donnée sans qualité. Sur cette autre cause d'inexistence, v. *infra*, n° 252 et s.

(240) Pour quelques exemples, v. *supra*, n° 125.

comportement ayant pour objet naturel d'exprimer une volonté, ainsi rendue expresse, invite à présumer qu'il portait avec lui cette volition⁽²⁴¹⁾.

Si bien que, entre ces trois hypothèses, la charge probatoire s'équilibre assez bien : celui qui se prévaut d'une volonté expresse doit nécessairement apporter la preuve de l'existence d'un comportement spécifique, mais est exempté en contrepartie de l'obligation de démontrer que celui-ci était de nature volitive, puisqu'il l'est en principe ; celui qui argue d'une volonté tacite peut se contenter d'avancer quelque comportement que ce soit, mais à condition alors de prouver encore que celui-ci avait aussi pour objet d'exprimer une volonté ; enfin, celui qui prétendrait ne s'appuyer que sur le simple silence de l'intéressé, verra sa charge probatoire se reporter entièrement sur l'établissement, rendu délicat, de circonstances suffisamment édifiantes pour permettre d'en déduire la volition prétendue. Dans cet exercice, il pourrait alors achopper sur un sens restant invinciblement insaisissable.

2. Le sens non saisi

138. La recherche d'une volonté tacite – Donner un sens contractuel à un comportement suppose d'y découvrir une volonté qui, pour n'être pas directement manifestée, n'en serait pas moins induite. Ce en quoi cette volonté est dite *tacite*⁽²⁴²⁾,

(241) Pour renverser cette présomption, il faudrait établir que la déclaration fut émise hors la volonté de son auteur prétendu (sur quoi, v. *supra*, n° 130 et s., spéc. n°s 131 et 133). Si ambiguïté il y a, elle ne portera donc que sur le sens à prêter à cette volonté expresse : v. *infra*, n°s 142 et 143.

(242) Du lat. *tacere* : taire. Immédiatement déclarée par un moyen exclusivement destiné à cette déclaration, la volonté serait dite *expresse*. Ce critère de définition posé, il reste encore à déterminer si l'appréciation du caractère exclusif du moyen employé doit se faire subjectivement, c'est-à-dire en fonction de la seule intention de l'auteur, ou objectivement, ne retenant en ce cas pour exprès que les moyens qui sont par nature destinés à manifester une volonté. La première solution reviendrait à subordonner cette qualification à un élément trop insaisissable pour être praticable : un même comportement adopté dans les mêmes circonstances pourrait être tenu pour une déclaration expresse ou tacite selon que son auteur aura eu l'intention exclusive ou non de manifester par là sa volonté. Or il semble assez évident que lorsque le Code exige que la volition prenne une forme expresse, il ne laisse pas cette forme à la seule appréciation de l'auteur de la déclaration (v. par ex. C. civ., art. 782 et 1985). Quant au principe de l'appréciation objective, on peut encore distinguer selon que l'on considère le moyen employé *sui generis* (i.e. la parole, l'écrit ou le geste) ou l'action réalisée en certaines circonstances (e.g. lever la main à une enchère). S'en tenir à l'abstraction du moyen pris comme genre oblige, faute de pouvoir rapporter ce moyen aux circonstances de l'espèce, à s'en tenir à l'idée selon laquelle l'exprès correspondrait au verbe et le tacite au geste, considérant que seul le verbe a pour première fonction d'exprimer la volonté (en ce sens, v. par ex. Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, th. Paris XII, 2003, Dalloz, Nouv. Bibl. thèses, vol. 46, 2005, n° 197, p. 398). Pourtant, le verbe peut tout aussi bien n'avoir qu'une fonction purement descriptive d'un état qui ne manifeste en rien une volonté (« il fait beau ») tandis que certains gestes, tels que tendre à un autre un objet, paraissent ne pas pouvoir avoir d'autres fins que d'exprimer une volonté, celle en l'occurrence de le lui donner. Si donc le verbe demeure le mode d'émission naturel de la volition expresse, cela n'interdit pas, pour peu que l'on veuille bien ne pas détacher le moyen employé de son contexte, d'y associer à l'occasion certaines attitudes non verbales. De fait, celui qui hoche la tête verticalement ne fait-il que sous-entendre son consentement ? Et doit-on vraiment considérer que celui qui s'exprime par le langage des signes ne peut émettre aucune volition expresse ? Sur la démonstration, v. déjà F. K. VON SAVIGNY, *op. cit.* (*supra*, note 16), t. III, 1857, § CXXXI, pp. 247-248. En négatif, le tacite visera alors toute volition émise par un moyen qui ne la manifeste pas immédiatement. Si la volonté tacite est tue, ce n'est donc pas en ce qu'elle s'exprime forcément sans bruits ni mots, mais en ce qu'elle s'émet à l'ombre d'une action non volitive. Ainsi, certaines offres parfois tenues pour tacites ne sont tout au plus qu'implicites, demeurant tout à fait expresses quant à leur mode d'expression. Tel est bien le cas du

puisqu'elle, dans la mesure où elle s'exprime à couvert, elle demeure effectivement tue⁽²⁴³⁾. À en croire les psychologues, l'illocutoire constituerait même le premier moyen d'expression de l'être humain : c'est dire si sa recherche est susceptible d'occuper le juriste⁽²⁴⁴⁾.

L'offre peut donc s'exprimer au moyen d'une déclaration tacite⁽²⁴⁵⁾ ; à l'occasion, le droit n'hésite d'ailleurs pas à dispenser de sa recherche lorsqu'il vient à la présumer⁽²⁴⁶⁾. Ainsi en va-t-il de l'époux qui « *prend en mains la gestion des biens de l'autre* » ou de l'indivisaire qui « *prend en mains la gestion des biens indivis* » : le Code civil, en disposant que ce gérant de fait « *est censé avoir reçu un mandat tacite* », postule nécessairement que son initiative contient une volonté contractuelle figurant une offre tacite de mandat (art. 1432 et 1540, al. 1^{er} ; art. 815-3, dern. al.)⁽²⁴⁷⁾. On peut également évoquer l'attitude consistant pour le créancier à restituer son titre à son débiteur, et d'où il s'inférerait cette fois la volonté de lui proposer l'abandon conventionnel de sa dette (art. 1282 et 1283)⁽²⁴⁸⁾. C'est encore à cette place que la remise, même inévitable, d'une chose à un tiers pourra révéler, selon les circonstances, une

commerçant qui expose sa marchandise dans sa vitrine ou de celui qui dispose ses produits dans un distributeur automatique : ces pollicitants émettent leurs offres par des moyens d'expression qui n'ont objectivement pas d'autre but que de proposer la formation d'un contrat. V. en ce sens P. ESMEIN, *op. cit.* (*supra*, note 71), n° 106, p. 114 ; J. CARBONNIER, *loc. cit.* (*supra*, note 101) ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *loc. cit.* (*supra*, note 119) ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *loc. cit.* (*supra*, *ibid.*) ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 4^e éd., Defrénois, 2009, n° 467, p. 240 ; B. FAGES, *Le comportement du contractant*, th. Aix-Marseille III, 1996, PUAM, 1997, n° 35. *Contra*, voyant encore dans ces hypothèses des offres tacites : R. DEMOGUE, *op. cit.* (*supra*, note 101), n° 552 *bis*, p. 159 ; M. DE LABARRE, « La formation du consentement – Le rôle du notaire dans les pourparlers », in *La formation du contrat – L'avant-contrat*, 62^e Congrès des notaires de France, Perpignan, juin 1964, impr. A. Rey, Lyon, [s.d.], pp. 1-88, spéc. p. 40 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.* (*supra*, note 39), n° 131, p. 124 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil – Les obligations*, t. 2, *Contrat*, 6^e éd., Litec, 1998, n° 170, p. 59 ; J. GHESTIN, *op. cit.* (*supra*, note 62), n° 394, p. 351.

(243) Mais dans cette mesure seulement, dès lors qu'une volition restée absolument inexprimée serait juridiquement inexistante (v. *supra*, n° 117). L'auteur a donc toujours exprimé sa volonté, mais par un moyen qui n'a pas été uniquement consacré à cette déclaration. Pour cette définition de l'exprès et du tacite, v. par ex. J. VALÉRY, *op. cit.* (*supra*, note 86), n° 82, p. 84-85, qui dit de la volonté qu'« Elle est expresse, quand le consentement se manifeste par l'un des signes extérieurs employés habituellement pour traduire la pensée de l'homme : la parole, l'écriture, les gestes, les signes. Elle est tacite, quand elle résulte de tout autre acte ou d'une abstention susceptible de révéler la volonté de son auteur. » ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *loc. cit.* (*supra*, note 119) : « L'offre expresse désigne toute action spécialement accomplie en vue de porter la proposition de contracter à la connaissance d'autrui. [...] – L'offre tacite désigne toute action ou attitude qui n'est pas spécialement accomplie ou observée en vue de faire connaître une volonté de contracter, mais qui présuppose cette volonté ». Pour la distinction entre l'exprès et l'explicite, ou le tacite et l'implicite, v. *infra*, n° 142, *in medio*.

(244) Encore que, lorsqu'elle s'avance dans le droit, la volonté paraît plus encline, confrontée au risque de la sanction juridique, à adopter à une forme d'expression qui soit la moins douteuse possible.

(245) Pour cette admission, v. par ex. Trav. Comm. réf. C. civ., t. IV, 1948-1949, pp. 704-706, art. 6, al. 2 : « L'offre et l'acceptation peuvent être tacites. » ; P. ESMEIN, *op. cit.* (*supra*, note 71), n° 106, p. 114 ; A. RIEG, art. préc. (*supra*, note 117), n° 9, pp. 47-48 ; et réf. préc., *supra*, note 119, pour le cas du silence circonstancié. Les auteurs sont nombreux pourtant à refuser à l'offre ce qu'ils accordent à l'acceptation : v. ainsi J. VALÉRY, *op. cit.* (*supra*, note 86), n° 85, p. 87 ; J.-L. AUBERT, *op. cit.* (*supra*, note 97), n° 29, p. 36 ; P. GODÉ, *op. cit.*, (*supra*, note 39), n° 165, p. 182 ; P. DIENER, *op. cit.* (*supra*, note 86), n° 98, pp. 92-93 ; J. CARBONNIER, *loc. cit.* (*supra*, note 101) ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *loc. cit.* (*supra*, note 242).

(246) Présomption réfragable, sans quoi cette volonté ne serait que pure fiction : en ce cas, v. *supra*, n° 127. Sur la volonté présumée même au cas de comportement strictement passif, v. *supra*, n° 126.

(247) Sur la présomption d'acceptation consécutive, v. *infra*, n° 179, *in fine*.

(248) À agréer l'opinion selon laquelle la remise d'une dette contractuellement constituée est conventionnelle par nature.

volition valant offre de dépôt⁽²⁴⁹⁾.

Hors de ces présomptions légales, la volonté devra s'inférer des faits, c'est-à-dire, somme toute, s'établir encore par présomption de l'homme⁽²⁵⁰⁾. Par nature, l'élément intentionnel constitutif d'une société créée de fait ne paraît pas ainsi pouvoir, faute de tout acte instrumentaire, se découvrir autrement que déduit de la réunion, même circonstanciée, des éléments matériels qui président également à sa formation⁽²⁵¹⁾. De même, les volontés à la source d'ententes prohibées en droit de la concurrence ne se manifestent le plus souvent pas mieux que par le constat d'un parallélisme suspect que l'on n'expliquera pas autrement⁽²⁵²⁾. Dans cette mesure donc, la volonté tue s'induit toujours du comportement.

139. Une volonté introuvable – Lorsque, comme il en va en principe, la volonté tacite doit s'établir, la charge de sa preuve risque de venir s'échouer sur la matière d'un comportement dont le caractère volitif ne se soutiendrait plus que dans l'incertitude.

Le comportement allégué pourrait d'abord être proprement *inintelligible*. Une attitude ne prêterait ainsi aucun sens si elle restait parfaitement incompréhensible pour son observateur : si celui-ci est incapable de saisir la raison première de son adoption, il est exclu de prétendre déterminer si cette conduite a, en outre, eu ou non pour objet de manifester une volonté tacite.

Et ce comportement pourrait encore apparaître simplement *équivoque* : compréhensible pour ce qu'il poursuit immédiatement, il resterait néanmoins impossible de certifier que son adoption fut également motivée par l'intention de déclarer une volition contractuelle. Cela a pu être le cas, mais autant que son contraire, et l'une et l'autre de ces deux hypothèses demeurerait également irréductibles⁽²⁵³⁾.

(249) La présomption étant posée lorsque le dépôt est nécessaire (C. civ., art. 1949 et s.), elle s'impose *a fortiori* lorsqu'il ne l'était pas. Même lorsqu'il est qualifié de nécessaire, et malgré alors certains aménagements (art. 1950), le dépôt ne paraît pas en perdre sa nature contractuelle, tant que l'on permet à ceux qui l'auront précisé d'écarter le régime des articles 1915 et suivants du Code civil. Dans le cas contraire, il ne s'agirait plus que d'un quasi-contrat. Pour cette requalification du dépôt nécessaire, v. J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd., LGDJ, 2001, n° 33511, p. 1613. Et sur le principe de cette requalification quasi-contractuelle, v. *supra*, n° 127, *in fine*.

(250) Ce qui explique que le Code civil entretienne à l'occasion la confusion : v. ainsi art. 1930, qui oppose volonté expresse et volonté « *présumée* », en lieu de tacite. Sur la nuance, v. not. J.-P. GRIDEL, *Le signe et le droit*, th. Paris II, 1976, n°s 20 à 33, pp. 23-39 ; et J. GHESTIN, *op. cit.* (*supra*, note 62), n°s 397 et 398, pp. 352-354, qui distinguent le signe (volonté tacite) de l'indice (volonté *présumée*). Sur l'établissement nécessairement présomptif d'une volonté demeurant immatérielle par essence, v. *supra*, n° 118, spéc. note 62.

(251) V. par ex. Com., 27 févr. 1996, pourvoi n° 94-14568 ; D. *Aff.* 1996, p. 464, qui approuve de fait une cour d'appel d'avoir – par la force des choses – déduit du constat de la mise en commun d'apports industriels et numéraires l'existence d'un *affectio societatis* et d'une volonté commune de participer aux bénéfices et aux pertes.

(252) V. par ex. CJCE, 28 mars 1984, aff. 29/83 et 30/83, *CRAM c. Comm.*, Rec., p. 1679 ; 31 mars 1993, aff. C-89/85, *Ahlström Osakeyhtiö et al. c. Comm.*, Rec., p. 1307 ; CCC 1993, n° 91, note L. Vogel ; JCP E 1994, I, 338, n°s 22 et 24, obs. Ch. Gavalda et G. Parléani ; JDI 1994, p. 505, obs. M.-A. Hermitte ; Com., 8 oct. 1991, RJDA 1991, n° 1044 ; Cons. conc., déc. 94-MC-10 du 14 déc. 1994, BOCC 27 oct. 1994, p. 489 ; CCC 1994, n° 250, note L. Vogel, confirmé par CA Paris, 3 nov. 1994, BOCC 9 déc. 1994, p. 517 ; CCC 1995, n° 7, note L. Vogel ; Cons. conc., déc. 97-D-39 du 17 juin 1997, BOCC 30 août 1997, p. 581, puis CA Paris, 20 oct. 1998, BOCC 12 déc. 1998, p. 729.

(253) Objectivement du moins, car il reste loisible à l'observateur qu'est le cocontractant de démontrer que, à ses yeux, le comportement était parfaitement univoque. S'il a légitimement pu y voir une offre de contrat,

En sorte que, inintelligible ou équivoque, le comportement de l'auteur prétendu ne contiendrait qu'une volition restée inexistante en droit. Ce n'est que la volition établie dans son existence que l'on devra encore s'interroger sur le sens qu'a voulu lui donner son auteur. Car cette volonté pourrait ne pas valoir offre de contrat.

§ 2 – La volonté ne valant pas offre

140. Éléments constitutifs – Pour valoir offre de contrat, une proposition doit permettre à son destinataire de former l'accord d'un simple acquiescement. Pour ce faire, il lui faut réunir trois qualités objectives, conditions même de son existence : l'offre doit être *certaine, précise et ferme* ⁽²⁵⁴⁾. Son incertitude (A), son imprécision (B) ou sa réticence (C) l'empêcheront ainsi de paraître.

A - L'INCERTITUDE DE L'OFFRE

141. Une intention inaccessible – L'existence de la volition avérée ⁽²⁵⁵⁾, il reste à démontrer que celle-ci constitue une offre de contrat. Car la volonté de l'offrant peut être incertaine dans son existence même aussi bien que dans son objet ⁽²⁵⁶⁾. Non seulement, en effet, le sens d'une déclaration est toujours susceptible de ne pas être saisi (1), mais, même celui-ci acquis, il pourrait encore ne pas suffire à établir l'acte (2).

1. Le sens non saisi

142. La recherche d'une offre implicite – Si l'on est obligé de présumer que le sens de la volonté réelle est conforme à celui de la volonté déclarée ⁽²⁵⁷⁾, il reste que le sens de la

il aura tout aussi légitimement pu l'accepter. C'est ainsi que l'immixtion d'un tiers dans l'affaire d'autrui permettra au partenaire commercial de ce dernier d'étendre les obligations de son cocontractant sur la tête de ce tiers ingérant. V. par ex. à propos de l'immixtion, au-delà de ses obligations d'associée, de la société-mère dans l'activité de sa filiale : Com., 28 juin 1988, *RTD civ.* 1989, p. 305, obs. J. Mestre ; 18 oct. 1988, *RDB* 1989, p. 31, obs. M. Jeantin et A. Viandier ; 6 avril 1993, pourvoi n° 91-17649 ; et, en dernier lieu, 3 oct. 2006, pourvoi n° 04-13214. Rapp. du reste C. civ., art. 1872-1, al. 3. Sur la théorie de l'apparence, v. *infra*, n° 229 et s.

⁽²⁵⁴⁾ Comp. l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, art. 1105, qui paraît renoncer à exiger de l'offre qu'elle soit certaine : « *La formation du contrat requiert la rencontre de plusieurs volontés fermes et précises de s'engager.* » Observons par ailleurs que, pour ce qui est de l'acceptation, on voit mal comment celle-ci, qui ne tient jamais, par définition, que dans un acquiescement, pourrait ne pas être précise (v. *infra*, n° 192).

⁽²⁵⁵⁾ Sur l'incertitude de la volonté elle-même, v. *supra*, n° 135 et s., spéc. n° 139.

⁽²⁵⁶⁾ Et l'objet de la volonté ici établi comme constituant un engagement, il restera encore à s'assurer de la certitude, ou de la précision alors, de l'objet de cet engagement : v. *infra*, n° 58 et s.

⁽²⁵⁷⁾ V. *supra*, n° 118, spéc. note 62.

volonté déclarée, quant à lui, ne se présume pas : il est toujours nécessaire d'établir que la déclaration valait objectivement offre de contrat⁽²⁵⁸⁾.

Cette question probatoire se pose en particulier lorsque la volonté déclarée n'apparaît pas immédiatement comme une offre, auquel cas il appartiendra à celui qui s'en prévaut de la révéler, par *interprétation*. L'interprétation proprement dite est contextuelle et opère par un raisonnement intellectuel consistant à tirer l'inconnu du connu⁽²⁵⁹⁾ ; il ne s'agit donc ni du simple déchiffrement locutoire⁽²⁶⁰⁾, qui intervient au stade préalable de la reconnaissance cognitive des signes linguistiques, ni de l'opération de traduction d'un langage en un autre, sauf en ce que cette traduction nécessite aussi, en certaines occasions, de prendre parti sur le contexte⁽²⁶¹⁾. De sorte qu'il est parfaitement possible de distinguer l'*acte clair* de celui qui ne l'est pas : l'acte clair est celui qui ne nécessite aucun raisonnement, aucune opération logique, pour se faire comprendre⁽²⁶²⁾ ; l'acte obscur est celui qui exigera encore, après reconnaissance syntaxique et traduction éventuelle, un travail herméneutique propre à révéler, ou non, sa signification⁽²⁶³⁾. Ce travail suppose une compétence : il oblige le juge saisi à renvoyer pour interprétation au juge de l'acte⁽²⁶⁴⁾, et il empêche le juge du droit de

(258) Lorsque la loi présume l'offre, elle n'exige pas d'établir l'expression préalable d'une volition dont elle déterminerait le sens, comme il s'agit ici : elle présume à la fois la volonté et son objet. V. les exemples donnés *supra*, n° 138.

(259) Il n'y a donc interprétation que si le sens recherché n'est pas immédiatement accessible : « *Interpréter signifie trouver un sens caché* » (S. FREUD, *Vorlesungen zur Einführung in die Psychoanalyse* [Introduction à la psychanalyse], H. Heller, Leipzig, 1916-1917, trad. S. Jankélévitch, Payot, 1921, 2^e part., p. 99). Mais la recherche porte bien sur le sens même de la déclaration et non pas sur celui de l'intention sous-jacente : établir que la volonté réelle est différente de la volonté déclarée, ce n'est plus interpréter l'acte mais le réfuter (sur quoi, v. *supra*, n° 118).

(260) Celui des mots et des phrases, mais aussi celui de tout signe non verbal : on déchiffre les signes des panneaux ou des agents de circulation sans plus de raisonnement que l'on entendrait les mêmes indications verbalement formulées.

(261) C'est bien ainsi qu'interpréter un événement ou une illustration consiste à lui trouver un sens qu'il ne manifeste pas immédiatement, au risque de lui faire dire plus que de raison.

(262) Exemple classique : « *Tout condamné à mort aura la tête tranchée.* » (C. pén. 1810, art. 12).

Il est pourtant devenu banal d'opposer à la théorie de l'acte clair, notamment à l'œuvre dans la détermination du domaine du renvoi préjudiciel entre juridictions et dans le contrôle de dénaturation exercé par la Cour de cassation, l'argument selon lequel le critère tiré de la clarté d'un acte serait on ne peut plus vague et de toute façon soumis à la libre appréciation du juge saisi. Or, si l'on veut bien comprendre l'acte clair comme celui dont le sens apparaît à chacun sans l'aide d'aucun raisonnement, on restitue au critère assez de netteté pour écarter le premier grief. Quant au second, il ne s'énonce pas autrement que comme un truisme consistant à affirmer que le juge peut toujours dire ce qu'il veut tant que son appréciation demeure souveraine, et ne vaut donc pas plus ici qu'en toute autre matière.

Certes, l'imputation d'une norme à une espèce suppose toujours de mener un raisonnement syllogistique pour déterminer si elle s'y applique, et comment ; toute règle générale, même clairement énoncée, doit donc nécessairement faire, à cette fin, l'objet d'une interprétation secondaire. Mais, précisément, le contrat n'est pas une norme : il est un corps de dispositions individuelles prises par les intéressés pour régler leur relation. De sorte que la question de son application peut parfaitement ne pas se poser si aucune contestation n'est émise sur ce point par l'une ou l'autre des parties.

(263) Il est donc deux niveaux d'obscurité : une obscurité superficielle, qui pour être apparente ne résistera pas à l'examen de la raison, et une obscurité profonde, inexpugnable aux efforts de l'interprète.

(264) Qu'il s'agisse, notamment, de la question préjudicielle soulevée en cours d'instance judiciaire à l'adresse du juge administratif, seul interprète d'une décision administrative individuelle (1^{re} civ., 16 avril 1953, *JCP* 1954, II, 7617, obs. J. Mihura ; C. proc. civ., art. 49), ou de celle posée par le juge national au juge communautaire dans l'interprétation de toute disposition de droit communautaire originaire ou dérivé (Traité CE, art. 177).

contester le sens ainsi donné à un acte privé par le juge du fond⁽²⁶⁵⁾. Mais de même que l'interprète dispose du pouvoir de mettre au jour le sens caché d'un acte *a priori* obscur, rien ne lui interdit de constater à l'inverse que le sens immédiatement tiré du texte s'avère bien moins explicite en seconde lecture, voire différent, une fois resitué dans son contexte⁽²⁶⁶⁾. Il lui sera seulement demandé en ce cas de rapporter les éléments de fait propres à remettre en cause la signification première de l'acte. À défaut seulement, l'interprète aura dénaturé l'acte soumis à son examen⁽²⁶⁷⁾.

Le sens *explicite* d'un texte est alors celui qui s'impose immédiatement, avant même tout raisonnement ; le sens *implicite* est celui qui n'aura été découvert que par interprétation. L'un et l'autre ne se confondent donc pas avec l'exprès et le tacite : il ne s'agit plus ici d'interroger la forme de la déclaration mais son contenu même. Une volonté est tacite lorsqu'elle communique par un moyen détourné⁽²⁶⁸⁾ ; elle est implicite lorsqu'elle exprime une intention par sous-entendu. Le sens recherché n'est plus celui d'un comportement, qui manifesterait une volonté expresse ou tacite, mais celui de la volonté elle-même, désormais acquise, et susceptible d'exprimer son objet aussi bien explicitement

(265) Ce en quoi, selon la jurisprudence constante, l'interprétation nécessaire exclut toute dénaturation : v. par ex. Civ., 1^{re} sect., 4 juill. 1957, *Bull.*, I, n° 305 ; 1^{re} civ., 24 févr. 1969, *Bull.*, I, n° 79 ; 3^e civ., 15 janv. 1970, *Bull.*, III, n° 31 ; Soc., 24 févr. 1988, *Bull.*, V, n° 131 ; 1^{re} civ., 7 févr. 1989, *Bull.*, I, n° 63 ; 2^e civ., 24 juin 2004, *Bull.*, II, n° 310. Solution qui n'est du reste que le pendant du principe immémorial d'après lequel la clarté exclut l'interprétation : *Interpretatio cessat in claris*. Mais le constat de la clarté de l'acte intervenant avant toute pénétration herméneutique, le lecteur incompetent à conduire quelque interprétation n'en reste pas moins juge du bien-fondé de l'appréciation faite par l'interprète du caractère obscur ou non de l'acte soumis à son examen. De sorte que la Cour de cassation peut parfaitement censurer une cour d'appel pour avoir jugé suffisamment claire une clause présentant une apparente obscurité aux yeux des hauts conseillers : Com., 7 janv. 1975, *Bull.*, IV, n° 3 ; D. 1975, p. 516, note Ph. Malaurie ; 12 févr. 1991, *Bull.*, IV, n° 70.

(266) Arg. C. civ., art. 1156 : « On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. » V. par ex. Civ., 18 nov. 1930, *Gaz. Pal.* 1930, II, p. 940, qui admet qu'une même clause inscrite dans deux contrats identiques puisse être interprétée différemment dans les deux cas par le juge du fond « suivant les faits et circonstances particulières de chaque contrat » ; ou encore 1^{re} civ., 30 oct. 2007, *Bull.*, I, n° 328, pour une clause rendue ambiguë du fait de son rapprochement nécessaire avec les autres stipulations du contrat.

(267) Pour cette acception du contrôle de dénaturation, v. not. G. MARTY, *La distinction du fait et du droit – Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, th. Toulouse, 1929, n° 151, p. 317 : « En réalité, aux yeux de la Cour, la clarté apparente d'une clause n'exclut nullement l'interprétation. Si les termes dont il a été fait usage semblent a priori clairs et précis, ils peuvent cependant ne pas traduire exactement la véritable intention des contractants [...] Le juge, investi du pouvoir souverain de rechercher cette intention ou cette volonté a donc à coup sûr le droit de s'écarter dans son interprétation du sens au premier abord de la clause litigieuse. Mais la Cour de cassation ne l'autorise à le faire que s'il en donne les raisons admissibles et s'il établit par des motifs vraisemblables que son interprétation est plus conforme à la volonté des parties que le maintien pur et simple de la signification apparente du contrat » ; puis « Le rôle du juge dans l'interprétation des contrats », in *Études sur le rôle du juge*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. V, 1949, Dalloz, 1950, pp. 84-98, spéc. p. 96 : « on reproche aux juges, en présence d'un texte en apparence clair, de n'avoir pas donné des motifs suffisamment plausibles d'une interprétation divergente. » ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.* (*supra*, note 119), n° 401, p. 357 : « Le contrôle de la dénaturation n'est donc, en dernière analyse, qu'une forme particulière du contrôle de la motivation. C'est un moyen d'obliger les tribunaux et les cours d'appel à motiver de façon particulièrement sérieuse les décisions donnant à un contrat un sens différent de celui qui, à première lecture, semblait s'imposer : moyennant quoi ces décisions échappent à la cassation. » V. par ex. 3^e civ., 4 janv. 1973, *Bull.*, III, n° 6, qui approuve la cour d'appel d'avoir écarté par interprétation le sens premier d'une clause qui, prise à la lettre, aurait produit un effet vraisemblablement indésiré.

(268) V. *supra*, n° 138, *in limine*.

qu'implicitement⁽²⁶⁹⁾. De sorte qu'une volonté expresse dans son mode de communication peut parfaitement être implicite quant à son contenu⁽²⁷⁰⁾, de même qu'une volonté formellement tacite peut s'avérer tout à fait explicite une fois son existence révélée⁽²⁷¹⁾.

La déclaration qui ne serait pas assez explicite pour laisser directement apparaître sa signification devra ainsi faire l'objet d'une interprétation, et celle pourvue d'une clarté apparente n'empêchera pas d'établir encore par le même examen que cette valeur immédiate ne correspond pas à la portée véritable de l'acte. Ce n'est qu'à l'issue de cette recherche que l'interprète pourra décider si la volition recèle ou non une offre implicite.

143. Une offre introuvable – Au contraire de ce qui prévaut pour la loi et toute règle de droit objectif⁽²⁷²⁾, l'incertitude irréductible du sens pris par une déclaration individuelle s'oppose à toute invention du juge. Borné par la recherche d'une intention introuvable, l'interprète ne pourra que conclure à son inexistence⁽²⁷³⁾ : *Idem est non esse et non significari*. L'acceptation ultérieure et éventuelle ne rencontrerait par conséquent aucune offre pour former le contrat, dans sa totalité ou, le cas échéant, sur ses seules zones d'ombre⁽²⁷⁴⁾.

Car la volonté exprimée peut d'abord être proprement *inintelligible*, c'est-à-dire ne présenter aucun sens en elle-même, quelles qu'en soient les causes. L'expression est en effet

(269) Lorsque le Code civil exige une manifestation expresse de volonté, c'est très généralement, sur la soixantaine d'occurrences, qu'il requiert une volition spéciale, sans pour autant interdire d'interpréter la stipulation en cas de besoin. V. par ex. art. 843 et 919, pour la dispense de rapport à la succession de la libéralité constituée au profit d'un héritier ; art. 972 et 973, pour la mention des conditions de rédaction du testament authentique au sein de l'acte ; art. 1115, au sujet de la forme de la confirmation donnée d'un consentement vicié par violence ; art. 1372, al. 2, qui aligne les obligations du gérant d'affaire sur celles qui seraient résultées d'un mandat conféré *ad hoc* ; art. 1928, 4°, qui conditionne l'aggravation de l'obligation de garde du dépositaire à l'existence d'une stipulation en ce sens ; art. 1985, al. 1^{er}, visant pour forme de l'offre non tacite du mandant, par opposition à l'alinéa suivant, tout moyen écrit ou verbal. La volonté expresse y trouve d'ailleurs pour synonyme celle « *formellement exprimée* » : v. ainsi art. 1092, pour la donation par contrat de mariage sous condition de survie du donataire ; art. 1323, à propos de la dénégation d'écriture ; ou encore art. 1331, qui n'attribue valeur de preuve littérale aux registres domestiques que si ceux-ci « *énoncent formellement* » le paiement (1^o) ou « *contiennent la mention expresse* » de l'absence de titre du créancier (2^o).

(270) Une clause expressément stipulée peut n'en être pas moins obscure.

(271) Une publicité commerciale qui serait qualifiée d'offre tacite de contrat comprend très souvent des indications on ne peut plus explicites. Pour la démonstration, v. Ph. JACQUES, *op. cit.* (*supra*, note 242), n^{os} 196 à 198, pp. 395-400. Pour la confusion en revanche, v. C. proc. civ., art. 410 : « *L'acquiescement peut être exprès ou implicite.* »

(272) Sur l'interprétation de la norme, v. *supra*, n^o 118, spéc. note 53.

(273) Pour cette sanction de la volonté contractuelle incertaine, v. P. PIOTET, *La formation du contrat en doctrine générale et en droit privé suisse*, Staempfli, Berne, 1956, puis « Inexistence et invalidité des dispositions à cause de mort », *Journ. trib.* (Suisse), 1969, I, pp. 162-179, spéc. p. 165 : « *On peut assimiler à l'inexistence la manifestation insuffisante de volonté, qui ne permet pas, même à l'aide de tous les moyens autorisés par l'interprétation, de connaître l'intention de l'auteur* » ; Th. IVAINER, « L'ambiguïté dans les contrats », *D.* 1976, chr., pp. 153-158, n^{os} 15 et 16, p. 155 ; V. CUNHA, *Le formalisme en droit des contrats*, th. Nice, 2002, n^{os} 174 à 187, pp. 89-95.

(274) V. par ex. Com., 27 févr. 1961, *Bull.*, III, n^o 105, pour l'éviction d'une clause d'arbitrage évasive ; 1^{re} civ., 14 mai 1974, *D.* 1975, p. 97, note C. Berr et H. Groutel, qui exclut l'application d'une clause jugée obscure ; Com., 14 avril 1992, *Bull.*, IV, n^o 166, écartant pour obscurité le jeu d'une clause limitative d'indemnité. *Adde* la jurisprudence qui se bornait à retenir la responsabilité délictuelle des vendeurs par correspondance organisateurs de loteries publicitaires en l'absence d'annonce de gains suffisamment univoque pour valoir offre de contrat : 1^{re} civ., 19 oct. 1999, *Bull.*, I, n^o 289 ; *Deffrénois* 1999, p. 1320, obs. D. Mazeaud ; *JCP* 2000, II, 10347, note F. Mehrez ; 2^e civ., 26 oct. 2000, *Bull.*, II, n^o 148 ; *Deffrénois* 2001, p. 693, obs. E. Savaux. Sur la solution nouvelle, v. *infra*, n^o 230, spéc. note 869.

susceptible de pécher par laconisme comme par excès : submerger sa volition de mots est aussi nuisible à l'intelligence que de ne pas en dire assez. Le plus souvent cependant, elle souffre surtout de l'emploi de termes impropres, soit que ceux-ci ne renferment qu'une signification étrangère à l'affaire, soit qu'ils n'en prennent même objectivement aucune⁽²⁷⁵⁾. Si le vice n'affecte que l'une des stipulations de l'offre, et qu'elle ne lui est pas essentielle, la proposition s'en trouvera simplement expurgée⁽²⁷⁶⁾.

Mais la volonté peut encore être *équivoque*, ou ambiguë, c'est-à-dire susceptible de prendre plusieurs sens également concevables et néanmoins inconciliables. Cette contradiction dans les termes de l'expression interdit de prendre parti : la stipulation a bien pu signifier quelque chose, mais autant qu'une autre, si bien qu'il ne sera possible d'opter pour aucune des deux branches de l'alternative. C'est d'abord la déclaration dans son ensemble qui aura pu valoir offre de contrat autant que simple proposition non contractuelle, et empêcher ainsi, dans le doute, de se voir conférer la valeur d'une pollicitation : il ne s'agira pas en ce cas de faire prévaloir un sens sur un autre mais bien de n'accorder simplement aucune valeur juridique à une expression insuffisante. C'est également, et très généralement, l'opposition entre deux termes d'une même volition, sinon d'une même stipulation, qui justifiera l'éviction des propositions contradictoires⁽²⁷⁷⁾ et, par voie de conséquence alors, celle éventuelle de la totalité de l'offre qui s'en trouverait ainsi affectée dans son essence. Parfois même, l'ambiguïté résultera de l'émission simultanée de deux déclarations incompatibles⁽²⁷⁸⁾. Mais l'hypothèse la plus topique tient probablement dans la stipulation d'une clause exclusive de l'engagement apparemment pris par ailleurs⁽²⁷⁹⁾.

(275) Dernier travers auquel les juges commerciaux se trouvent peut-être plus que les autres confrontés, dans un milieu où il est de bon ton d'affirmer sa compétence technique par l'emploi de néologismes aussi éphémères que mal formés. Chargé des années plus tard de prêter sens à un terme rendu à sa vanité pour être sorti d'usage, même commercial, l'interprète n'aura d'autre alternative que de l'éluder, purement et simplement.

Sur cette multiplicité des cas d'obscurité, v. déjà J. GAUGUIER, *De l'interprétation des actes juridiques*, th. Paris, 1898, pp. 49-55. Adde Th. IVAINER, art. préc. (*supra*, note 293). Il est bien entendu qu'il s'agit ici de l'hypothèse dans laquelle la volition se trouve dépourvue de tout sens, et non pas de celle présentant objectivement la nature d'une offre mais mal comprise par son destinataire. Pour cette autre incompréhension, subjective celle-là, v. *infra*, n° 229 et s.

(276) C'était déjà la solution du droit romain. V. ainsi ALFENUS VARUS, in Dig., XXXIV, VIII, 2 : « *Les clauses testamentaires dont on ne comprend pas la signification sont comme si elles n'étaient pas écrites* » (trad. Y. Thomas, « Fictio legis », *Droits*, n° 21, 1995, p. 57). V. encore aujourd'hui C. civ. suisse, art. 482, al. 3 : « *Sont réputées non écrites les charges et conditions qui n'ont pas de sens* ». Sur cette sanction, v. *infra*, *eod. num.*, spéc. note 288.

(277) V. par ex. 1^{re} civ., 6 oct. 1966, *Bull.*, I, n° 460, qui écarte l'effet d'une condition suspensive qui « *s'accordait mal* » avec d'autres clauses. Pour cette éviction, v. encore J. KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.* 1993, chr., pp. 59-66, *in fine*, p. 66 : « *il est un cas où l'on approuvera l'initiative jurisprudentielle [consistant à réputer une clause non écrite] : lorsque les parties ont si mal élaboré leur contrat que plusieurs clauses, ayant le même objet, sont à ce point contradictoires que déterminer la commune intention des parties s'avère rigoureusement impossible. L'inexistence de la théorie classique retrouve ici ses droits, et ce n'est que justice car elle correspond alors à la réalité.* »

(278) V. ainsi 1^{re} civ., 18 juill. 1967, *Bull.*, I, n° 267 ; *RTD civ.* 1968, p. 355, obs. J. Chevallier : « *attendu que pour lier le pollicitant et permettre la formation du contrat, l'offre doit ne pas être équivoque ; qu'il n'en est point ainsi lorsque l'offrant adresse en même temps plusieurs offres inconciliables au destinataire qui ne saurait lier l'offrant par un choix qui ne lui est pas concédé par ce dernier et qu'il ne lui appartient pas d'opérer ; que l'arrêt relève que le concours réel des volontés indispensables à la conclusion du contrat n'a pu se réaliser en présence de deux offres simultanées et parfaitement contradictoires et inconciliables et que [le destinataire] a opéré de sa seule initiative un choix totalement* (suite p. suiv.) »

On relève toutefois une tendance des juges à résoudre l'incohérence en faveur de l'offre dès qu'il leur est possible de découvrir en ce sens une intention supérieure à celle de la stipulation qui le récuse : si la volonté de contracter apparaît plus fermement établie que celle contrairement exprimée par le même auteur, alors cette autre stipulation ne suffira pas à priver le destinataire de la faculté de former l'engagement⁽²⁸⁰⁾. Les articles 1156 et suivants du Code civil fournissent à cet égard toutes les armes herméneutiques pour permettre au juge de conclure à l'engagement plutôt qu'au néant⁽²⁸¹⁾. À cette même fin, le droit a toujours fait prévaloir l'action sur le verbe : *Protestatio non valet contra actum*⁽²⁸²⁾. C'est de cette façon que, en dépit de la mention expresse contraire, pourtant explicite et parfaitement lisible, les publicités commerciales seront parfois qualifiées d'offres de contrat en toutes les caractéristiques du produit ou du service proposé⁽²⁸³⁾. Les annonceurs se

arbitraire ». Remarquons que la sanction suppose de retenir en l'occurrence une acception large de la condition de simultanéité car, si les deux volitions n'étaient pas comprises comme simultanées, on ferait prévaloir la seconde comme exprimant la dernière intention de l'auteur : *Voluntas posterior revocat priorem*. Raison pour laquelle on imagine plus aisément une telle contradiction entre une volition expresse et une autre tacite que, comme en cette espèce, entre deux offres expresses.

L'opposition pourrait également être facilement réduite par recours au principe selon lequel le spécial déroge au général (*Specialia generalibus derogant*), tant qu'il sera possible de découvrir le caractère plus particulier d'une volition sur l'autre. Pour la primauté des conditions particulières sur les conditions générales, v. ainsi 1^{re} civ., 12 mai 1969, *Bull.*, I, n° 174, qui censure pour dénaturation l'arrêt d'appel ayant méconnu la règle selon laquelle « les clauses des conditions particulières [ont] prééminence sur celles des conditions générales au cas où, comme en l'espèce, elles sont inconciliables avec elles » ; Com., 27 nov. 1973, *Bull.*, IV, n° 341, qui permet à la décision critiquée d'échapper cette fois à la censure, sur le même motif ; 1^{re} civ., 9 févr. 1999, *Bull.*, I, n° 44, d'où il résulte que « les conditions particulières devaient prévaloir sur les conditions générales ». Dans le même sens exactement, v. encore BGB, § 305 b ; et Principes Acquis, art. 6:202. C'est ainsi que la contradiction existant entre une clause imprimée et une autre manuscrite se résoudra en faveur de cette dernière : Civ., 16 mars 1925, *DH* 1925, p. 309 ; Soc., 27 févr. 1947, *Gaz. Pal.* 1947, I, p. 205 ; et C. civ. italien, art. 1342, al. 1^{er}.

Si enfin l'équivoque sévit entre différentes versions d'une offre traduite en plusieurs langues, on pourra se référer préférentiellement à celle rédigée dans la langue maternelle du pollicitant, laquelle aura, en toute probabilité, exprimé le plus fidèlement son intention. Comp. PDEC, art. 5:107, et DCFR, livre II, art. 8:107, qui privilégient le sens pris par la première version rédigée, alors même que celle-ci a pu l'être dans une langue étrangère à son auteur, notamment au cas d'élaboration conjointe, et qu'il y aurait tout lieu de faire prévaloir en ce cas la version la plus récente, réputée exprimer la dernière intention des parties.

(279) Cette hypothèse est celle d'une éventuelle réserve de non-engagement (sur quoi, v. *infra*, n° 153 et s.). Mais l'inexistence de l'offre ne trouve pas ici sa cause dans le jeu d'une réserve certaine : elle résulte de l'incongruité de cette stipulation au regard de l'ensemble de la déclaration dans laquelle elle s'insère, et de l'incertitude sémantique que cette incohérence provoque. L'offre est inexistante pour incertitude et non pour avoir été retenue.

(280) La clause écartée est parfois jugée comme étant alors « *de style* », introduite sans que les parties n'y aient accordé la moindre signification (sur cette qualification, v. *supra*, n° 118, spéc. note 60). La stipulation contradictoire est ainsi ignorée sans qu'il soit même nécessaire de s'appuyer sur la croyance de l'acceptant : il s'agit seulement de constater ici que la déclaration prenait objectivement le sens d'une offre et non de prétendre que, dépourvue de cette valeur objective, son destinataire l'avait néanmoins prise pour telle. Sur cette autre voie, qui est celle de la croyance légitime, v. *infra*, n° 229 et s.

(281) V. not. art. 1157 : « *Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun.* » Et à ces recommandations particulières s'ajoutent encore les principes généraux qui gouvernent la matière : v. déjà *supra*, *eod. num.*, spéc. note 278.

(282) Depuis BARTOLE, la règle est demeurée d'une singulière modernité, s'épanouissant désormais sous les auspices du principe de cohérence ou de l'interdiction de se contredire aux dépens d'autrui.

(283) En ce sens : Crim., 16 févr. 1982, pourvoi n° 81-9229 ; CA Paris, 30 oct. 1984, *Juris-Data*, n° 026057. Rapp. 1^{re} civ., 27 févr. 1996, pourvoi n° 93-21845 (CCC 1996, n° 94, note L. Leveneur ; RGDA 1996, p. 354 ; *Deffrénois* 1996, art. 36354, p. 742, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 1997, p. 119, obs. J. Mestre), qui exclut le jeu d'une clause limitative de garantie insérée dans les conditions générales d'un loueur de camions à la

(suite p. suiv.)

trouvent ainsi empêchés de contredire un message qui paraît avoir eu avant tout pour objet d'inviter les prospects à accepter une proposition dont le détail ne laisse aucune place à l'incertitude. On évite par ce moyen de permettre aux professionnels attirant le chaland de se ménager à bon compte la faculté d'accepter ou non la réponse éventuellement requalifiée en offre du client. Il s'agit, en somme, de neutraliser la réserve qui démentirait l'essentiel de la proposition.

L'éviction de la clause léonine du contrat de société (C. civ., art. 1844-1, al. 2) se justifie assez bien par ce même raisonnement : est incohérente, et comme telle réputée non écrite, la stipulation qui, en conférant à l'un des associés la totalité des bénéfices ou en l'exonérant de toute obligation de participer aux pertes de l'affaire, contredit l'essence même du contrat de société, qui consiste à mettre ses apports en commun en vue de partager le résultat d'une activité économique⁽²⁸⁴⁾. Si l'un des contractants prévoit de ne rien partager, alors il ne s'associe pas. Et considérant le caractère, sinon accessoire, du moins subordonné de cette stipulation par rapport à l'ensemble contractuel dans lequel elle s'insère, il paraît rationnel de résoudre cette contradiction par l'élimination de la clause intrusive⁽²⁸⁵⁾.

C'est sur le même fondement que la jurisprudence a pu résoudre, un temps au moins, la contradiction née de la stipulation par l'entreprise de transport rapide *CHRONOPOST* d'une clause limitant sa responsabilité pour retard au prix acquitté par le client⁽²⁸⁶⁾. L'obligation de

faveur « d'un dépliant publicitaire annonçant, sans nuances, une garantie des dommages au véhicule » ; Com., 17 juin 1997, *Bull.*, IV, n° 195 (CCC 1997, n° 177, note L. Leveneur ; *JCP E* 1997, p. 1022, note F. Labarthe ; *JCP* 1997, I, 4056, n° 1, obs. F. Labarthe ; *D.* 1998, p. 248, note G. Pignarre et G. Paisant), qui oblige un vendeur à assumer la garantie donnée sur un document publicitaire vantant le caractère infalsifiable des chèques libellés au moyen de son appareil. À l'étranger, v. not. l'article 11 de la loi luxembourgeoise du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur, selon lequel « toute description des caractéristiques et qualités d'un produit ou service faite dans des documents et moyens de publicité, de même que toute garantie y offerte, sont réputées faire partie intégrante du contrat relatif à ce produit ou ce service ». Adde CCA, recomm. de synthèse n° 91-02 du 23 mars 1990, qui préconise de réputer non écrites les clauses ayant pour objet ou pour effet de « rendre inopposables au professionnel les informations et documents publicitaires remis au non-professionnel ou consommateur, dès lors que leur précision est de nature à déterminer son consentement ». Sur la question, v. J. GHESTIN, *op. cit.* (*supra*, note 62), n° 412, pp. 369-371 ; F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, th. Paris XII, 1993, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 241, 1994, n°s 185 à 196, pp. 122-127 ; D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, th. Paris XI, 2000, PUAM, 2001, n°s 538 à 548, pp. 451-457 ; O. AUDIC, *Les fonctions du document en droit privé*, th. Paris I, 2002, LGDJ, Bibl. Inst. A. Tunc, t. 3, 2004, n°s 283 et 284, pp. 220-222.

(284) V. ainsi G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 1, vol. 2, *Les sociétés commerciales*, par M. Germain, 18^e éd., LGDJ, 2002, n° 1056-45, p. 31 : « Une telle clause détruit le contrat de société dans son essence. Elle aurait dû être condamnée s'il n'y avait pas eu une interdiction légale, car elle est inconciliable avec le dessein que se proposent les parties en contractant. » Adde D. HOUTCIEFF, *op. cit.* (*supra*, note 283), n°s 445 à 450, pp. 377-380.

(285) S'il devait apparaître au contraire que la clause léonine fut absolument déterminante du consentement de son bénéficiaire, alors on devrait conclure à l'absence de volonté véritable de cet associé prétendu de participer au résultat de l'entreprise et l'exclure lui-même, plus que sa clause, du contrat de société, pour défaut de consentement.

Le raisonnement, conduit pour la clause léonine, a vocation à valoir pour toute autre clause incohérente des statuts, jugée notamment par rapport à l'objet social qui y sera consigné. V. ainsi Com., 1^{er} mars 2011, pourvoi n° 10-13795, qui écarte une clause de non-réinstallation des associés, annexée aux statuts, en tant qu'elle était incompatible avec l'objet statutaire de la société.

(286) Com., 22 oct. 1996, *Bull.*, IV, n° 261 ; *Les grands arrêts jur. civ.*, 12^e éd., par F. Terré et Y. Lequette, Dalloz, t. II, 2008, n° 157 ; *D.* 1997, p. 121, note A. Sériaux ; chr., p. 145, par Ch. Larroumet ; et SC, p. 175, obs. Ph. Delebecque ; *D. Aff.* 1997, chr., p. 235, par Ph. Delebecque ; *JCP* 1997, II, 22881, note D. Cohen ; I, 4002, n° 1, obs. M. Fabre-Magnan ; et 4025, n° 17, obs. G. Viney ; CCC 1997, n° 24, note L. Leveneur ; *PA* 18 juin 1997, n° 73, p. 30, 1^{re} esp., note D. R. Martin ; *Gaz. Pal.* 1997, II, p. 519, note R. Martin ; *Deffrénois* (suite p. suiv.)

payer un prix dont le surcoût trouve sa raison d'être dans la célérité annoncée par le transporteur serait dépourvue de cause si ce dernier engagement n'était pas garanti ou s'il ne l'était, comme en ce cas, que pour une mesure dérisoire⁽²⁸⁷⁾. Comme cela n'a pas pu être, pour autant que l'on présume rationnelle la volonté humaine, la contradiction doit se résoudre, puisqu'elle le peut, dans le sens le plus probable, soit celui de l'obligation essentielle, ici de célérité. On doit logiquement réputer comme « *non écrite* », c'est-à-dire non véritablement voulue⁽²⁸⁸⁾, la clause limitant à ce point la responsabilité du débiteur de l'obligation essentielle⁽²⁸⁹⁾ : la société *CHRONOPOST*, avant même son client, n'a pas pu vouloir une chose et son contraire⁽²⁹⁰⁾.

1997, p. 333, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 1997, p. 418, obs. J. Mestre. Dans le même sens, v. Com., 17 juill. 2001, pourvoi n° 98-15678 ; *JCP* 2002, I, 148, n° 17, obs. G. Loiseau, pour une clause limitative de responsabilité insérée dans un contrat de maintenance informatique qui obligeait le prestataire à intervenir dans les quarante-huit heures. Rapp. égal. 1^{re} civ., 23 juin 1987, *Bull.*, I, n° 202, puis 14 janv. 1992, *Bull.*, I, n° 12, qui écartent une limitation de garantie revenant à abolir la quasi-totalité de l'obligation d'un assureur ; 21 mai 1990, *Bull.*, I, n° 114 (*RTD civ.* 1992, p. 95, obs. J. Mestre ; *RGAT* 1990, 626, note R. Bout ; *Resp. civ. et assur.* 1990, chr. 20, par H. Groutel), au sujet de la clause exclusive d'une garantie formellement consentie par ailleurs ; 10 juill. 1995, *Bull.*, I, n° 308 (*Resp. civ. et assur.* 1995, chr. 46, par H. Groutel), qui censure une cour d'appel pour avoir appliqué une « *clause d'exclusion qui devait être réputée non écrite dès lors qu'elle annulait les effets de la garantie spéciale, déterminante du consentement de l'assuré* » ; Com., 15 févr. 2000, *Bull.*, IV, n° 29 (*D.* 2000, SC, p. 364, obs. Ph. Delebecque ; *JCP* 2000, I, 272, n° 9, obs. A. Constantin ; *RTD civ.*, 2000, p. 325, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Defrénois* 2000, p. 1118, obs. D. Mazeaud), qui, selon les termes du résumé publié au *Bulletin*, juge « *sans portée la clause contractuelle stipulée en contradiction avec l'économie générale d'une convention* » ; 1^{re} civ., 22 juin 2004, pourvoi n° 01-00444 (*RDC* 2005, p. 270, obs. D. Mazeaud), qui énonce que « *le transporteur ne saurait s'exonérer à l'avance de toute responsabilité sans porter atteinte à l'essence du contrat de transport aérien de personnes* ». Et déjà Civ., 11 déc. 1900, trois arrêts, *DP* 1901, I, p. 257 ; 30 mars 1943, *DC* 1944, p. 13 ; Req., 6 févr. 1945, *Gaz. Pal.* 1945, I, p. 116 : « *lorsque deux clauses non ambiguës sont absolument inconciliables, il appartient au juge du fond de faire prévaloir celle dont l'exécution répond à l'essentiel de la volonté des parties* » ; 3^e civ., 22 mai 1969, *Bull.*, III, n° 411, jugeant que « *la clause litigieuse [...] ne pouvait, en tout état de cause, être valablement invoquée comme clause d'irresponsabilité par le maître d'ouvrage dans la mesure où elle aboutissait à le délier de ses obligations essentielles* ».

(287) Rapp. C. com., art. L. 133-1, al. 3 (issu de L. 17 mars 1905), qui prohibait déjà les clauses exclusives de toute responsabilité du transporteur, celles-ci devant ainsi être ignorées (Com., 3 avril 1968, *JCP* 1968, II, 15575, obs. R. Rodière). Et pour l'assimilation de l'indemnité « *tellement réduite qu'il y avait, en fait, exonération totale* » de responsabilité : Com., 3 janv. 1950, *D.* 1950, p. 225, note G. Ripert. Rapp. encore Com., 29 juin 2010, *Bull.*, IV, n° 115 (*Rapp.* ; *JCP* 2010, doct., 787, note D. Houtcieff ; *D.* 2010, p. 1832, note D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2010, p. 555, obs. B. Fages), qui relève, pour prêter effet à la clause limitative, que « *la limitation de la responsabilité [...] n'était pas dérisoire* ».

Tout étant, évidemment, dans l'appréciation de cette mesure. À peine plus charitable, la clause limitative de responsabilité aurait peut-être échappé à la censure. À ce titre, il peut être tenu compte de ce qu'aucune autre action ne présentait pour le créancier le moindre intérêt : l'exécution forcée d'une obligation de faire à temps est impossible une fois le délai d'exécution écoulé et la résolution du contrat ne permet d'obtenir que la restitution d'un prix encore inférieur au montant du préjudice garanti par la clause.

Pour cette analyse causaliste de la contradiction contractuelle, v. encore l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, art. 1125, al. 2, qui consacrerait sur ce point la jurisprudence *Chronopost* : « *Est réputée non écrite toute clause inconciliable avec la réalité de la cause.* » (rapp. égal. art. 1121, al. 3, proj.).

(288) Si l'expression, qui trouve son origine actuelle dans l'article 900 du Code civil, pouvait avoir un sens lorsqu'elle visait à cet endroit la clause prohibée d'une donation devant être passée par écrit, elle n'en a plus guère à présent appliquée à des contrats qui échappent à cette forme solennelle. Quelle serait en effet la portée d'une sanction consistant à réputer « *non écrite* » la clause d'un contrat resté purement verbal ?

(289) Pour le rattachement de la clause réputée non écrite à la théorie de l'inexistence, v. J. CARBONNIER, *op. cit.* (*supra*, note 28), n°s 104 et 109, pp. 204 et 211 ; J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, th. Paris I, 1997, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 311, 1999, n°s 449 à 453, pp. 402-407 ; J.-M. GÉLINET, « *Clauses réputées non écrites et copropriété* », *Administrer – Droit immobilier*, n° 308, févr. 1999, pp. 30-34, spéc. p. 31 ; G. PIETTE, *La correction du contrat*, th. Pau, 2002, PUAM, 2004, n°s 1057 et 1058, pp. 558-560. La jurisprudence elle-même pousse à l'assimilation : v. ainsi 3^e civ., 9 mars 1988, *Bull.*, III, n° 54 ; *D.* 1989, p. 143, note Ch. Atias ;

(suite p. suiv.)

JCP 1989, II, 21248, obs. G. V., jugeant « qu'une clause réputée non écrite [est] censée n'avoir jamais existé » ; et 9 juin 1999, pourvoi n° 98-10801, qui estime encore que « la cour d'appel a exactement relevé qu'une clause réputée non écrite [doit] être considérée comme n'ayant jamais existé ». Et parfois même à parfait escient : v. ainsi 3^e civ., 8 juin 2011, pourvoi n° 10-18220, qui censure la cour d'appel ayant refusé de déclarer non écrite la clause modificative du règlement de copropriété qui n'avait pas été votée en assemblée générale, comme le serait une clause proprement inexistante pour ne pas avoir été consentie. Pour étendre cette sanction à toute clause incohérente : S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, th. Paris II, 2004, Economica, Rech. jur., vol. 13, 2006, pp. 244-274.

Au vrai, une clause contractuelle peut être réputée non écrite pour deux causes bien distinctes d'anéantissement : ici l'inexistence pour incohérence, mais ailleurs, et le plus souvent peut-être, la nullité absolue pour objet illicite (not. C. civ., art. 900 ; art. 1244-3 ; art. 1844-10, al. 2 ; C. proc. civ., art. 1446 ; C. consom., art. L. 132-1 ; L. 65-557 du 10 juill. 1965, art. 43 ; L. 89-462 du 6 juill. 1989, art. 4 ; C. com., art. L. 442-6, II ; etc.). Sur cette dualité de la clause réputée non écrite, entre clause non voulue et clause illicite, v. égal. BGB, §§ 305 à 309. L'unité de la sanction ne prévaut donc que dans son effet : éliminer une unique stipulation plutôt que l'ensemble de la convention. Sur quoi, v. not. 3^e civ., 2 déc. 1987, *Bull.*, III, n° 198 : « attendu qu'une clause réputée non écrite étant censée n'avoir jamais été rédigée, l'arrêt, en décidant qu'elle ne peut entraîner la nullité du bail lui-même, ne viole aucun texte ».

(290) On peut être plus réservé en revanche sur l'évolution qu'a marquée cette jurisprudence vers les notions de faute lourde puis de « *manquement à une obligation essentielle du contrat* ». Pour un dernier état, v. not. Ch. mixte, 22 avril 2005, *Bull.*, CM, n° 4 (D. 2005, p. 1864, note J.-P. Tosi ; JCP 2005, II, 10066, note G. Loiseau ; CCC 2005, n° 150, note L. Leveneur ; Dr. & Patr., oct. 2005, p. 36, obs. G. Viney ; RDC 2005, p. 651, avis R. de Goutte ; p. 673, obs. D. Mazeaud ; et p. 753, obs. Ph. Delebecque ; RTD civ. 2005, p. 604, obs. P. Jourdain), incidemment ; puis Com., 30 mai 2006, *Bull.*, IV, n° 132 (D. 2006, AJ, p. 1599, obs. X. Delpech ; jur., p. 2288, note D. Mazeaud ; et pan., p. 2646, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; RDC 2006, p. 1075, obs. Y.-M. Laithier ; p. 1159, obs. Ph. Delebecque ; et p. 1224, obs. S. Carval ; RTD civ. 2006, p. 773, obs. P. Jourdain), qui reproche à une cour d'appel de ne pas avoir recherché « si la clause limitative d'indemnisation dont se prévalait la société Chronopost [...] ne devait pas être réputée non écrite par l'effet d'un manquement du transporteur à une obligation essentielle du contrat » ; et 13 févr. 2007, *Bull.*, IV, n° 43 (D. 2007, AJ, p. 654, obs. X. Delpech ; RDC 2007, p. 707, obs. D. Mazeaud, et p. 746, obs. crit. S. Carval), qui pousse le raisonnement jusqu'à relever l'absence de force majeure, comme si donc, *a contrario*, l'inexécution non fautive aurait rendu la clause limitative de responsabilité conforme à l'obligation essentielle... Or, fondamentalement, on voit mal comment un manquement, qui, par définition, intervient au stade de l'exécution, pourrait avoir pour effet de faire disparaître une clause du contrat, ainsi réputée non écrite dès sa formation : la sanction, s'il faut vraiment se porter à ce stade de l'exécution, ne peut plus consister dans l'éradication *ab origine* de la stipulation mais dans sa seule inapplication au manquement en cause, ce qui est bien différent (v. en ce sens J. ROCHFELD, *op. cit.* (*supra*, note préc.), n° 487, pp. 442-443 ; D. HOUTCIEFF, *op. cit.* (*supra*, note 283), n° 484, p. 409). Seulement, pour l'admettre, il aurait fallu que la Cour de cassation énonce que la faute lourde, qui seule produit classiquement cet effet par assimilation au dol, quoiqu'en concurrence désormais avec la faute inexcusable (C. com., art. L. 133-8, rédact. L. 8 déc. 2009), est suffisamment constituée par tout manquement à une obligation essentielle, ce qu'elle s'est justement interdit de juger (Ch. mixte, 22 avril 2005, préc. ; Com., 21 févr. 2006, *Bull.*, IV, n° 48 ; D. 2006, AJ, p. 717, obs. E. Chevrier ; 29 juin 2010, préc., *supra*, note 287) sous peine d'évincer un peu trop systématiquement à ce compte les limitations de responsabilité convenues par les parties ou prévues par règlements. Car, si l'on ne peut plus limiter sa responsabilité que pour des obligations accessoires, ainsi que l'entérinerait l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription remis au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005 (C. civ., art. 1382-2, al. 1^{er}, proj.), on risque de ne pas beaucoup améliorer l'attractivité du droit français pour les investisseurs étrangers et de gêner même considérablement le commerce intérieur. En dépit de cette inconséquence, on joue d'une confusion entretenue par l'emploi d'expressions mal définies pour parvenir, en définitive, à un résultat strictement identique, le raisonnement juridique en moins. Double grief donc là où, à tout prendre, la solution initiale satisfaisait mieux les exigences de justice contractuelle et de logique juridique : il ne s'agissait pas d'empêcher toutes limitations de responsabilité attachée à une obligation essentielle, mais seulement celles qui la réduisaient par trop ; et l'on n'impliquait pas à cette fin l'inexécution dans la formation du contrat, mais on se contentait d'interpréter au mieux la volonté des parties en résolvant l'incohérence née de deux stipulations apparemment contradictoires. La circonstance que le premier grief soit techniquement neutralisé lorsque la clause limitative de responsabilité s'impose par règlement plutôt que par convention, nonobstant alors son caractère incongru (sur quoi v. *infra*, *eod. num.*, spéc. note 294), ne change rien au fait qu'il sévit toujours autant en matière proprement contractuelle. On se permettra de faire remarquer enfin que toute cette complication jurisprudentielle aurait pu être évitée si l'on n'avait pas décidé, il y a trente ans de cela, de réserver le jeu de l'article 1152, alinéa 2, aux seules clauses pénales (Com., 22 mai 1978, *Bull.*, IV, n° 141), contre la lettre d'une disposition qui autorise la réduction ou le relèvement de toute fixation conventionnelle de dommages-intérêts, comme il s'agissait en ces espèces, et contre le plan d'un Code qui traite de la clause pénale sous une autre section, aux articles 1226 et suivants. Sur cette critique, v. not. J. MESTRE, RTD civ.

(suite p. suiv.)

Enfin, il faudrait également citer pour autre exemple celui des clauses de divisibilité inscrites au sein des groupes de contrats, et que la Cour de cassation répute non écrites lorsqu'elles viennent contredire l'économie de l'opération telle que voulue par les parties elles-mêmes⁽²⁹¹⁾.

Mais l'excès nuit en toute chose : il n'est pas admissible d'user de ce raisonnement pour évincer une stipulation en l'absence même de contradiction véritable. Si celle-ci peut être autrement résolue, elle doit l'être. Conclure à l'inexistence d'une stipulation ne peut se faire qu'à l'ultime stade d'un processus d'interprétation demeuré définitivement infructueux⁽²⁹²⁾.

1985, pp. 372-377 ; G. PAISANT, « Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale (loi du 9 juillet 1975) », *RTD civ.* 1985, pp. 647-687, n° 32, p. 661, et *in Rép. civ.*, Dalloz, v° Clause pénale, 1993, n° 75 ; D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, th. Paris XII, 1990, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 223, 1992, n° 269 et s. ; Ch. LARROUMET, « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », *D.* 1997, chr., p. 145, n° 5.

(291) Com., 15 févr. 2000, *Bull.*, IV, n° 29 ; D. 2000, SC, p. 364, obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 2000, p. 325, obs. J. Mestre et B. Fages ; 24 avril 2007, pourvoi n° 06-12443 ; *RDC* 2008, p. 276, obs. D. Mazeaud. Orientation finalement consacrée par Ch. mixte, 17 mai 2013, deux arrêts, pourvois n°s 11-22768 et 11-22927, s'agissant d'une clause de divisibilité insérée dans une opération de location financière.

(292) Il n'est donc guère raisonnable d'aller jusqu'à prétendre que « toute clause qui tend à réduire la durée de la garantie de l'assureur à un temps inférieur à la durée de la responsabilité de l'assuré est génératrice d'une obligation sans cause, comme telle illicite et réputée non écrite » (depuis 1^{re} civ., 19 déc. 1990, sept arrêts, *Bull.*, I, n° 303 ; *Rapp.*, p. 372 ; *JCP* 1991, II, 21656, note J. Bigot ; *RGAT* 1991, p. 155, note J. Bigot ; *RTD civ.* 1991, p. 325, obs. J. Mestre ; D. 1992, chr., p. 13, par Y. Lambert-Faivre, en substance ; puis 16 déc. 1997, *Bull.*, I, n° 370, pour l'énoncé ; et encore 12 avril 2005, *Bull.*, I, n° 185). Passé l'imprécision syntaxique de l'énoncé, d'où il faudrait comprendre qu'une obligation sans cause serait également illicite et réputée non écrite, alors que ces deux derniers attributs se rapportent plus vraisemblablement à la clause qui tend à priver l'obligation de sa cause, le principe ainsi posé semble bien péremptoire. Car, au fond, on ne voit rien d'anormal à ce que les parties conviennent de diminuer l'assiette de la garantie, tant qu'elles diminuent à raison le montant des primes. Si la clause de réclamation est critiquable, ce n'est donc pas en soi, mais parce qu'elle se présente sans alternative : si les assureurs avaient laissé le choix entre la couverture du fait dommageable et celui de la réclamation, ils auraient laissé à voir la contrepartie tirée par l'assuré de son consentement à une moindre protection. En l'absence d'un tel choix, il restait encore aux juges à veiller au respect de la volonté des parties pour rendre à l'assurance de réclamation toute sa portée plutôt que de la nover sans préavis en son contraire. Dès lors que le sinistre soumis à aléa ne tient plus en ce cas dans la réalisation du fait dommageable mais dans la réclamation ultérieurement formée par la victime à l'encontre de l'assuré responsable, il paraissait naturel d'en déduire qu'une telle garantie couvrirait nécessairement toute réclamation reçue au cours du contrat, même fondée sur un fait dommageable antérieur, et même celui-ci connu du souscripteur au jour de son adhésion. Peu importe en effet l'absence d'aléa attaché à cet événement puisque celui-ci n'est plus alors objet du contrat d'assurance : le seul sinistre assuré ne réside plus dans le fait générateur du dommage mais dans la réclamation future, laquelle demeure toujours, pour sa part, incertaine. La seule probabilité d'un événement ne suffit pas à priver le contrat d'assurance de son aléa constitutif ; elle ouvre tout au plus une action en annulation pour dol pour le cas où l'assureur parviendrait à établir que le souscripteur connaissait non seulement l'existence du dommage mais encore son identification comme responsable par la victime. En toute rigueur donc, la solution consistait à adjoindre pour accessoire nécessaire de l'assurance de réclamation une obligation de reprise du passé, connu ou inconnu. S'il était une stipulation à éradiquer pour incohérence, c'était par conséquent celle qui consistait à limiter la garantie en cet amont, et non pas celle qui la bornait en aval, au terme du contrat (comp. 1^{re} civ., 16 déc. 1997, *Bull.*, I, n° 370 ; D. 1998, p. 287, note Y. Lambert-Faivre ; *JCP* 1998, II, 10018, rapp. P. Sargos et I, 144, n° 26, obs. G. Viney ; *RGDA* 1998, p. 124, note L. Mayaux ; *Resp. civ. et assur.* 1998, chr. 15, par M.-A. Agard, qui, outre la clause de réclamation, élimine dans la même eau la clause de garantie subséquente qui excluait la couverture des réclamations parvenues au-delà de deux ans après expiration de l'assurance). En lieu de cela, le législateur, alerté par les assureurs, aura préféré dénaturer cette forme d'assurance en l'aboutant, d'un côté, à une obligation de reprise du passé limitée à l'inconnu et, de l'autre, à une obligation de garantie subséquente pour une période minimale de cinq années suivant le terme du contrat (C. assur., art. L. 124-5, al. 4 et 5, rédact. L. 2003-706 du 1^{er} août 2003). Comme souvent, l'intérêt économique aura fait litière des principes juridiques qui œuvraient à sa défense.

Et cette méthode d'éviction de la clause incohérente n'est plus permise encore lorsque celle-ci résulte, non plus seulement de la convention des parties, mais du règlement lui-même. Tel est en particulier le cas lorsque le pouvoir réglementaire entérine par décret un contrat-type négocié entre les représentants des professions concernées. En cette hypothèse en effet, chargé non plus de rechercher la volonté des parties mais d'interpréter la norme pour ce qu'elle dispose, le juge ne peut plus conclure à l'ambiguïté du texte sans attenter à l'autorité de la règle de droit⁽²⁹³⁾. S'il l'estime tel, il lui appartiendra de dépasser la contradiction en conférant un sens plausible à la disposition⁽²⁹⁴⁾.

Reste que, même l'inexistence évitée du chef d'équivoque, le travail de l'interprète pourrait ne pas suffire à établir la certitude de l'offre, ou de la stipulation qu'elle renferme, si le droit imposait quelque autre condition à la preuve de son existence.

2. L'acte non établi

144. L'établissement relatif de toute certitude – Ce qui n'est pas prouvé est comme inexistant⁽²⁹⁵⁾ : *Idem est non esse et non probari*. Ce rapport d'équivalence entretenu entre la preuve d'un fait et l'existence de celui-ci trouve sa raison dans le simple constat qu'aucune réalité ne s'impose autrement que pour ce que nous en percevons. Ce en quoi toute certitude n'est jamais que relative : les vérités admises comme telles ne valent que là où elles sont reconnues et pour le temps durant lequel on ne leur découvre aucun phénomène contraire⁽²⁹⁶⁾. Si bien que, en la matière comme en toute autre, on se contente de tenir pour

(293) C. civ., art. 4. Sur l'interprétation de la norme, v. *supra*, n° 118, spéc. note 53. Pour l'expression de cette différence, v. ainsi H. BATIFFOL, « Questions de l'interprétation juridique », *Arch. phil. dr.*, t. 17, *L'interprétation dans le droit*, 1972, pp. 9-27, spéc. p. 21 : « Si les parties peuvent être réputées le cas échéant n'avoir eu aucune pensée réelle ou décelable sous les mots exprimés, pareille présomption ne vaut pas à l'égard du législateur, dont il ne saurait être question d'abroger les dispositions qu'il prend. »

(294) Ainsi se justifie que la même clause puisse être évincée ou appliquée selon qu'elle figure dans un acte de nature contractuelle ou réglementaire. Pour la reconnaissance de la force obligatoire de la clause limitative de responsabilité du contrat-type de transport de marchandises approuvé par décret, v. ainsi Com., 9 juill. 2002, *Bull.*, IV, n° 121 ; *JCP* 2002, II, 10176, note G. Loiseau et M. Billiau ; *D.* 2002, SC, p. 2836, obs. Ph. Delebecq ; et 2003, SC, p. 457, obs. D. Mazeaud ; Ch. mixte, 22 avril 2005, préc. (*supra*, note 290). *Contra* cep., au sujet de la clause de réclamation incluse au contrat-type d'assurance des centres de transfusion sanguine et annexé à un arrêté ministériel : CE, 29 déc. 2000, *Beule, Rec.*, p. 655 ; *D.* 2001, p. 1265, note Y. Lambert-Faivre ; *JCP* 2001, II, 10486, note F. Vincent ; *RGDA* 2001, p. 33, note C. Delpoux, qui applique à cet acte réglementaire la jurisprudence développée par la Cour de cassation en matière contractuelle, puisque, somme toute, le juge judiciaire ne fondait pas sa solution sur l'incohérence de cette stipulation mais sur une prétendue « *illicéité pour défaut de cause* » (v. *supra*, *eod. num.*, spéc. note 292) qui justifierait tout autant, à l'admettre, l'illégalité d'une disposition réglementaire. Sur la réduction législative de cette jurisprudence administrative, v. cep. *supra*, *ibid.*

(295) Et non pas comme nul, car l'acte nul devra d'abord avoir été établi dans son existence pour se voir contester toute efficacité.

(296) Si la philosophie moderne a trouvé à s'opposer à la philosophie antique c'est bien en ce qu'elle a osé redéfinir le critère ontologique de la vérité : celle-ci ne se conçoit plus tant aujourd'hui comme l'accord de la pensée avec le réel mais, plus modestement, avec elle-même. Plus le champ de la connaissance humaine a crû, plus celui de la vérité objective s'est ainsi épuisé. En un sens, ce renoncement a même exactement permis le progrès scientifique de notre modernité : en admettant de pouvoir remettre en cause toute certitude même positivement établie, l'homme a rendu mobile une échelle de connaissance restée jusqu'alors figée dans son éternité.

certain le fait auquel, fondamentalement, on attribue seulement une probabilité qualifiée et suffisante⁽²⁹⁷⁾.

Or, il arrivera à cet égard que le droit élève ce niveau de probabilité suffisante à un degré supérieur de certitude pour y conditionner la preuve du fait allégué. Lorsque, comme ici, le fait attendu est volontaire, la technique juridique use à cette fin de deux moyens, sans que ceux-ci soient d'ailleurs exclusifs l'un de l'autre : le premier est d'ordre matériel et consiste à subordonner le constat de la volition à celui d'une déclaration à la signification objectivement incontestable ; le second est d'ordre formel et se donne pour objet de limiter les modes de preuve recevables à la production d'un écrit, ou à un procédé juridiquement porté à la même valeur probatoire.

145. Une offre « expresse » – Si le fait de déclarer spécialement sa volonté par un moyen exprès⁽²⁹⁸⁾ atteste de sa réalité⁽²⁹⁹⁾, il ne s'en déduit nullement que cette volonté dût constituer pour autant une offre de contrat : la forme adoptée par la volition fera présumer son existence, non son contenu⁽³⁰⁰⁾. Exiger que l'offre emprunte une forme expresse n'importe donc quelque degré supérieur de certitude que pour ce qui est d'établir l'existence d'une volonté en général et non pas d'une offre de contrat en particulier.

Or, il apparaît qu'en certaines de ses dispositions, telles du moins que comprises en jurisprudence, la loi exige autre chose par ce biais terminologique que l'adoption d'un moyen spécialement dédié à la manifestation d'une volonté : il ne s'agit plus alors d'imposer proprement une forme expresse à la volition manifestant la sollicitation mais bien plutôt de soumettre son constat à un degré supérieur de certitude. Le juge ne pourra plus se contenter de se décider en son intime conviction sur le sens d'une déclaration : il devra n'admettre pour offre que ce qui en prend objectivement les traits les plus manifestes, aussi peu défini qu'apparaisse ce critère d'appréciation⁽³⁰¹⁾. Cela implique pour lui l'obligation de

(297) V. not. D. HUME, *op. cit.* (*supra*, note 4), liv. I, part. IV, sect. 1, pp. 267-270. V. encore K. POPPER, *Logique de la découverte scientifique*, 1932 ; puis G. BACHELARD, *Le nouvel esprit scientifique*, 1934, pour qui toute connaissance n'est jamais qu'une « longue erreur rectifiée ». Et pour le droit : G. THUILLIER, v° Probabilisme et art de juger, in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, PUF, 2003. Cette probabilité suffisante ne se confond cependant pas à la simple vraisemblance, dont le système civiliste ne se satisfait en principe pas : v. sur la question P. KINSCH, « Entre certitude et vraisemblance, le critère de la preuve en matière civile », in *De code en code – Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, pp. 455-470.

(298) Sur le sens strict de ce mot, v. *supra*, n° 138, *in limine*.

(299) Puisque la déclaration expresse implique toujours, par définition, l'existence d'une volition : v. *supra*, n° 137.

(300) On a vu en effet comme la volition expresse n'échappait pas plus qu'une autre au vice d'obscurité : v. *supra*, n° 142, spéc. note 270.

(301) Car il ne s'agit plus ici de distinguer entre l'offre explicite, dont le sens apparaît avant même toute interprétation, et l'offre implicite, qui ne se donne à voir qu'après un tel examen, puisqu'une offre implicite peut n'en être pas moins certaine qu'une offre explicite. Il serait peu vraisemblable en effet que la loi interdise au juge d'interpréter la volonté des parties, et donc de rechercher leur volonté implicite, si celle-ci se déduit avec la plus grande certitude d'un raisonnement élémentaire. La jurisprudence est du reste suffisamment éloquente, qui retient pour « expresses » au sens ici compris des offres qui ne font pour certaines d'entre elles que s'inférer des circonstances. V. *infra*, *eod. num.*

motiver toute décision qui conclurait à l'existence d'une telle offre et de le faire sous le contrôle de la Cour de cassation⁽³⁰²⁾.

Lorsque le Code civil dispose ainsi que « *La solidarité ne se présume point ; il faut qu'elle soit expressément stipulée* » (art. 1202), il ne s'agirait de rien d'autre, selon la jurisprudence, que de subordonner le constat de cette solidarité à l'existence d'une stipulation d'une particulière clarté, sans empêcher d'user d'un raisonnement pour lui découvrir cette qualité et peu important même que cet engagement ne résulte d'aucune stipulation particulière⁽³⁰³⁾. Considérant que l'article 2292 dispose en termes semblables que « *Le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès* », on en déduit logiquement que cette disposition n'interdit pas plus de découvrir l'existence du cautionnement par interprétation d'un acte qui n'avait pas cet engagement pour premier objet⁽³⁰⁴⁾. Et l'on aurait quelque mauvais gré à tenir rigueur à la jurisprudence de cette lecture irrégulière faite de la condition de déclaration expresse alors que la lettre de l'article 1273 paraît elle-même inviter, par association, à lui prêter ce sens : « *La novation ne se présume point ; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte.* » En opposant ici l'absence de présomption à la clarté de l'acte tout en l'opposant ailleurs à la volonté expresse, les codificateurs pourraient bien en effet avoir eux-mêmes tenu pour synonymes ces deux rédactions⁽³⁰⁵⁾. Du reste, deux articles plus loin, c'est à nouveau une telle condition de déclaration « expresse » qui est exigée du créancier pour conférer cet effet novatoire à la délégation. De sorte que, en ces quelques hypothèses, le Code n'exige au fond rien de plus qu'une intention particulièrement avérée, quand même serait-elle tacite et implicite, dès lors qu'elle est nécessaire.

(302) V. ainsi 3^e civ., 5 févr. 1971, *Bull.*, III, n° 83, qui, après avoir posé pour attendu de principe que « *la novation ne se présume pas et que, s'il n'est pas nécessaire que l'intention de novier soit exprimée en termes formels, du moins la volonté de novier doit être certaine et résulter clairement des faits et des actes intervenus entre les parties* », censure l'arrêt entrepris pour avoir conclu à l'existence d'une telle intention « *sans relever aucun des éléments constitutifs de la novation ni rechercher les faits ou les actes d'où résulterait certainement et clairement la volonté des parties de novier* ». Dans le même sens, v. encore par ex. Com., 22 mai 1984, *Bull.*, IV, n° 178 ; Soc., 18 nov. 1992, *Bull.*, V, n° 547.

(303) Peu important donc que cette solidarité soit non seulement implicite mais encore même tacite, en pleine contradiction alors avec la notion de volonté expresse strictement entendue (sur laquelle v. *supra*, n° 138, *in limine*). Cette lecture jurisprudentielle de l'article 1202 est désormais séculaire : v. déjà ainsi Req., 4 août 1896, *DP* 1896, 1, p. 456, qui énonce dans un attendu devenu de principe que « *si, en droit, la solidarité ne se présume pas, il appartient au juge du fond, sous le contrôle de la Cour de cassation, de constater qu'elle ressort clairement et nécessairement du titre constitutif de l'obligation, alors même que celle-ci n'a pas été qualifiée solidaire* » ; et encore, dans les mêmes termes, 3^e civ., 26 janv. 2005, *Bull.*, III, n° 14 ; *CCC* 2005, n° 83, note L. Leveneur.

(304) V. par ex. Com., 21 déc. 1987, *Bull.*, IV, n° 281 (*Rapp.*, p. 196 ; *D.* 1989, p. 112, note J.-P. Brill), qui retient, par substitution de motifs, qu'un acte qualifié par les parties de lettre d'intention recelait en son sein un engagement de caution.

(305) Mais, rappelons-le, une telle signification ne se trouve avec certitude que pour ces quelques dispositions. Partout ailleurs, le Code, sans aucun doute possible, n'adjoint le qualificatif « expresse » à la volonté que pour exiger que celle-ci soit spécialement manifestée, par un moyen exclusivement consacré à cette expression, peu important que cette expression ne soit pas d'une parfaite clarté si, au bout du compte, elle s'avère toujours suffisamment établie : v. ainsi les dispositions préc., *supra*, n° 142, note 269. Il suffit d'ailleurs de relever que lorsqu'il s'agit de la volonté de renoncer à son droit, qui elle non plus « ne se présume pas », la jurisprudence s'en tient cette fois à une analyse d'une parfaite orthodoxie : « *si la renonciation à un droit ne se présume pas, elle ne doit pas obligatoirement être expresse, et peut se déduire de faits non équivoques qui l'impliquent nécessairement* » (résumé sous Civ., 3^e sect., 10 avril 1964, *Bull.*, III, n° 173).

Formellement, la preuve demeure bien de nature imparfaite, puisqu'elle ne répond à aucune des conditions de forme prescrites aux articles 1316 et suivants pour en garantir la teneur ; mais, matériellement, le droit tend ce faisant à élever la preuve de l'offre à un même degré de certitude⁽³⁰⁶⁾. Il ne suffira plus de rapporter quelques indices susceptibles de convaincre le juge de l'existence de l'offre : il faudra encore que cette démonstration ne lui ait laissé aucune liberté d'appréciation. À défaut, l'offre, même probable, resterait inexistante en droit.

146. Une offre écrite – C'est encore en vue d'élever le degré de certitude de la volition alléguée que le droit en restreindra, formellement cette fois, les moyens de l'établir. À l'inverse de l'exigence d'une preuve matériellement renforcée, dont la certitude s'éprouve nécessairement au gré des espèces, la preuve sera à présent réputée parfaite du seul fait qu'elle satisfait à la forme prescrite, sans avoir égard aux circonstances de fait dont elle s'extrait⁽³⁰⁷⁾. On sait ainsi que, en vertu des articles 1316 et suivants du Code civil, la preuve des contrats civils les plus conséquents⁽³⁰⁸⁾ ne peut s'administrer que par écrit, voire par aveu judiciaire⁽³⁰⁹⁾ ou par serment décisoire⁽³¹⁰⁾, seuls moyens revêtus par la loi d'une valeur probatoire suffisante pour de tels engagements⁽³¹¹⁾. Toute la question est alors de savoir encore si cette exigence doit s'appliquer au premier élément de formation du contrat que constitue la pollicitation, et comment, le cas échéant, elle le pourrait.

Car la pensée juridique du XVIII^e siècle, dont est issu le Code civil, ne pénétrait pas plus la constitution du contrat que la science d'alors ne prenait l'atome pour autre chose qu'un objet de métaphysique. L'imprécision constatée sur ce point au chapitre relatif à la preuve des obligations ne fait que céder ainsi à l'appel d'air provoqué par le vide entretenu en la matière aux articles 1101 et suivants du même Code. À présent pourtant que les existences propres, même interdépendantes, de l'offre et de l'acceptation sont apparues aux yeux de

(306) C'est ainsi que peut s'entendre le principe liminaire posé par les articles précités, selon lequel la volonté, lorsqu'elle a ces obligations pour objet, ne se présume plus : considérant en effet que, sauf dispositions particulières, la volonté ne se présume de toute façon jamais *ex nihilo* (v. *supra*, n° 126), il faut bien, pour prêter un sens à cette prohibition, que celle-ci porte plus précisément sur la présomption de l'homme admise pour moyen de preuve du contrat en application de l'article 1353 du Code civil. V. ainsi Ph. SIMLER, *op. cit.* (*supra*, note 45), n° 343, p. 312 : « *Il en résulte que, par dérogation aux dispositions de l'article 1353, les juges ne peuvent fonder l'existence d'un cautionnement sur des présomptions, fussent-elles graves, précises et concordantes, même dans les hypothèses où la preuve écrite n'est pas requise.* »

(307) Tant du moins que celles-ci ne permettront pas de remettre en cause la nature même de cette preuve.

(308) C'est-à-dire ceux qui présentent un objet dont la valeur est supérieure, à l'heure actuelle, à 1500 euros (C. civ., art. 1341, et décr. n° 2004-836 du 20 août 2004, art. 56 et 59).

(309) 1^{re} civ., 28 janv. 1981, *Bull.*, I, n° 33, qui pose pour principe que « *l'aveu fait pleine foi contre celui qui l'a fait et qu'il en est ainsi même dans le cas où la preuve doit être administrée par écrit* » ; 15 juin 2004, *Bull.*, I, n° 170, qui décide que l'aveu judiciaire constaté par les juges du fond rendait inutile l'examen par eux de l'écrit contesté.

(310) 1^{re} civ., 11 juin 1991, *Bull.*, I, n° 199, qui censure une cour d'appel pour avoir refusé de déférer le serment qui aurait permis d'établir la nature du contrat liant le *solvens* et l'*accipiens* d'une somme de 21 000 francs.

(311) De là à qualifier cette preuve de « parfaite », il y a toutefois une distance que la raison interdit de parcourir sans méconnaître le fait que l'écrit peut toujours être falsifié, autant que l'aveu extorqué et le serment mensonger, sans que ces vices puissent être eux-mêmes établis.

tous, il n'est plus possible de faire l'économie de cette interrogation. Celle-ci prend alors fond sur une alternative simple : soit on retient une conception autonome des actes constitutifs du contrat que constituent l'offre et l'acceptation⁽³¹²⁾ et, faute de dispositions qui leur soient spécialement consacrées, on leur applique un régime de preuve libre, admis comme droit commun de la preuve ; soit on en retient une conception hétéronome, considérant que, même notionnellement distincts du contrat qu'ils forment, ils n'en demeurent pas moins constitutionnellement soumis, par essence, aux conditions de formation et de preuve de celui-ci⁽³¹³⁾. Or, la conséquence illogique à laquelle conduit la première solution oblige à opter pour cette seconde branche de l'alternative : retenir la première, ce serait permettre en effet d'administrer librement la preuve de l'offre et de l'acceptation consécutive sans pouvoir apporter ce faisant celle d'un contrat pourtant nécessairement formé⁽³¹⁴⁾. Une telle solution supposerait dès lors soit de retenir une définition différente du contrat lorsque celui-ci est soumis à des conditions probatoires particulières, puisque la preuve faite d'une offre et de son acceptation ne suffirait alors plus à l'établir, soit de subordonner à ces conditions non plus tant la preuve du contrat que sa validité même, puisque, le contrat étant fatalement établi par la preuve de la rencontre des consentements, il ne peut plus être argué qu'il ne serait cependant pas valable. Dans l'un ou l'autre de ces deux cas, il ne s'agirait donc rien de moins que de confondre des conditions de preuve avec, selon, des conditions d'existence ou des conditions de validité. Par où l'on doit logiquement conclure à l'application nécessaire des articles 1316 et suivants du Code civil aux volitions constitutives du contrat, et donc, en premier lieu, à l'offre elle-même⁽³¹⁵⁾.

Dans ses modalités, cette application paraît devoir reposer, entre l'offre et l'acceptation, sur un principe de distribution rationnelle des exigences probatoires propre à permettre à l'acceptant de parfaire la forme requise par l'article 1341 du Code⁽³¹⁶⁾. Selon que l'offre propose un contrat synallagmatique ou unilatéral, son destinataire en apportera ainsi la

(312) Pour la qualification d'acte juridique appliquée à l'offre et à l'acceptation, v. *supra*, n° 121, pour l'offre, et *infra*, n° 176, pour l'acceptation.

(313) C'est en quelque sorte une alternative proche de celle qui se présente, dans le silence là encore du Code, sous la question de la preuve des engagements souscrits par volonté unilatérale, à cette différence près toutefois que la seconde branche de l'alternative repose moins alors sur un argument constitutionnel que simplement analogique.

(314) Pour ce constat, v. ainsi J.-L. AUBERT, *op. cit.* (*supra*, note 97), n° 254, p. 229, qui en tire argument pour appliquer l'article 1341 à l'offre de contrat, alors pourtant même qu'il lui dénie la nature d'acte juridique (v. *supra*, n° 121, spéc. note 101).

(315) En ce sens, v. encore J.-L. AUBERT, *op. cit.* (*supra*, note 97), n° 254, p. 229. *Adde* F. DREIFUSS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicatives*, th. Strasbourg, 1983, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 185, 1985, n° 83, p. 86 ; D. STAROSSELETS, « Offre et acceptation : principes et quelques questions spéciales », in *Le processus de formation du contrat*, coord. M. Vanwijk-Alexandre et P. Wéry, Larcier, 2004, pp. 5-71, spéc. n° 24, pp. 34-35, et n° 36, pp. 49-50.

(316) Cette distribution ne peut intervenir en effet que là où la constitution de la preuve requiert la coopération des parties, ce qui ne vise somme toute que la preuve scripturale. L'aveu est un acte unilatéralement constitué et dont la conception, pour cette raison, ne se répartit pas. Quant au serment décisoire, il s'élabore toujours successivement entre une partie qui le défère et une autre qui le prête, de sorte que, quel que soit l'objet de cette preuve, cette répartition ne varie pas. Pour la discussion, en outre, du caractère proprement probatoire de ces deux procédés, v. *infra*, n° 198, note 604.

preuve scripturale en produisant un acte signé du pollicitant (C. civ., art. 1325) ou signé par celui-ci et portant en outre la mention manuscrite en chiffres et en lettres de la quotité pour laquelle il s'engage (art. 1326)⁽³¹⁷⁾. Afin de répondre à l'exigence du double original, il appartiendra à l'offrant d'adresser son offre de contrat synallagmatique en deux exemplaires signés de sa main, de façon à permettre à l'acceptant de lui restituer l'un des deux, revêtu de sa propre signature⁽³¹⁸⁾. Au cas de conclusion de cet accord à distance, le pollicitant abandonne donc la perfection de sa preuve à son cocontractant, et il pourra vouloir retarder par conséquent l'exécution de sa propre prestation à la réception de l'écrit attendu⁽³¹⁹⁾. Du reste, cette nécessaire collaboration instrumentaire n'est pas le propre des contrats conclus par correspondance : entre présents même, l'acceptant est prié, sous la même sanction, de ne pas s'enfuir avec les deux exemplaires que lui tend le pollicitant pour signature.

Faute de respecter ce formalisme, le pollicitant ne permettra pas à son interlocuteur de faire la preuve suffisante de l'offre reçue et, par conséquent, du contrat qu'il aura pu vouloir former par son acceptation. L'offre la plus explicite n'initiera ainsi, faute de signature⁽³²⁰⁾, qu'un contrat tenu pour inexistant par le droit. Serait-elle d'ailleurs assez probante pour être reconnue comme telle que l'offre pourrait encore s'en trouver disqualifiée pour imprécision.

(317) Si le contrat unilatéral constitue, non l'offrant, mais l'acceptant pour seul débiteur, la preuve de l'offre, par application de l'article 1326 du Code civil, demeurera libre : le formalisme probatoire s'imposera uniquement à la preuve de l'acceptation du débiteur (v. *infra*, n° 198).

(318) Si le contrat se conclut sous la forme électronique, il sera exigé du pollicitant d'employer un certificat garantissant l'identification de chacun des contractants et l'intégrité de l'exemplaire que ceux-ci devront pouvoir respectivement conserver (C. civ., art. 1116-1 et 1116-4, art. 1325, dern. al., et décr. 2001-272 du 30 mars 2001). On notera cependant que, inclinant à la simplicité plus qu'à la justice, l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription remis au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005 se propose sur ce point de soustraire l'écrit électronique à la règle du double original (art. 1296, proj.), autorisant ainsi l'une des parties à faire la preuve de sa créance sans permettre à son cocontractant d'établir la sienne.

(319) Comp., exonérant les contrats conclus par correspondance des conditions probatoires posées aux articles 1325 et 1326 : Ph.-A. MERLIN, *op. cit.* (*supra*, note 97), t. V, 1827, v° Double écrit, § XI ; Ch. AUBRY et Ch. RAU, *op. cit.* (*supra*, note 78), t. VIII, 1879, § 760 *ter*, 1°, p. 290 ; Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIX, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. VI, [4^e éd.], A. Durand *et al.*, 1876, n° 430, pp. 396-370, et n° 663, pp. 577-578 ; L. LAROMBIÈRE, *op. cit.* (*supra*, note 12), t. VI, art. 1325, n° 44, pp. 70-73 ; M. AUBERT, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1893, pp. 152-153 ; A. ROBERT, *Des contrats par correspondance*, th. Dijon, 1868, pp. 279-283 ; A. DOLBEAU, *Des contrats par correspondance en général*, th. Caen, 1896, pp. 151-159 et 398-404 ; R. DOURDIN, *De la preuve des contrats par la correspondance*, th. Bordeaux, 1903, pp. 25-31 et 37-41 ; A. MAUMUS, *Des contrats par correspondance*, th. Toulouse, 1905, p. 122. La jurisprudence n'a elle-même pas toujours fait preuve d'une grande rigueur dans l'application de ces dispositions. V. ainsi Civ., 1^{re} sect., 7 juill. 1958, *Bull.*, I, n° 361, qui juge avec la cour d'appel qu'une lettre missive « constitue un mode de preuve d'une nature spéciale échappant aux dispositions de l'article 1325 qui vise les actes instrumentaires ». Sur la question, v. D. VEAUX, in *J.-Cl.*, Art. 1322 à 1324, fasc. 139, « Actes sous seing privé – Règles générales », 1997, n° 36, p. 10.

(320) Et sauf l'aveu ultérieurement obtenu du cocontractant devant le juge. Si ce n'est que cet aveu pourrait tout aussi bien faire la preuve d'un contrat en réalité jamais formé : celui-ci ne serait ainsi tenu pour existant que pour autant qu'il ne serait contesté par aucune des parties.

B - L'IMPRÉCISION DE L'OFFRE

147. Une intention restant à préciser – La volonté peut bien être établie, et son objet l'être tout autant, celui-ci doit encore être assez précisément exprimé pour valoir offre de contrat⁽³²¹⁾. On observe toutefois que cette imprécision de l'offre n'emporte pas nécessairement les mêmes conséquences juridiques selon qu'elle sévit par indétermination (1) ou par incomplétude (2).

1. L'offre indéterminée

148. Hypothèse – Toute volition a un objet et une cause : dès lors que l'on exprime sa volonté, c'est nécessairement que l'on veut quelque chose pour quelque raison que ce soit. On n'imagine pas plus une volonté sans objet que sans cause, quand bien même cette dernière n'a-t-elle pas besoin d'être exprimée pour exister⁽³²²⁾. Mais il ne suffit pas de vouloir quelque chose pour former efficacement un contrat : il faut encore en déterminer suffisamment le contenu pour permettre au juge appelé par les parties d'en sanctionner l'exécution⁽³²³⁾. Dès lors en effet que les contractants prétendent soumettre leur accord à la sanction étatique, comme le postule la qualification contractuelle, il ne saurait être question de mobiliser vainement l'appareil juridictionnel. Or, tel serait bien le cas si la rédaction de l'offre autorisait à la fois le débiteur à exécuter moins que ce qu'exige le créancier et celui-ci à demander plus que ce que ce premier ne projetait de fournir.

Le sommet de cette indétermination résiderait à l'évidence dans une offre qui se contenterait de proposer de « *conclure un contrat* », sans autre précision. Mais elle sévirait encore si le pollicitant offrait par exemple de « *céder un animal* » pour tel prix, sans en donner l'espèce⁽³²⁴⁾, ou de « *vendre du blé* », sans en indiquer la quotité. Aucune de ces propositions ne permettrait d'obliger son auteur à en exécuter les termes en cas d'acceptation⁽³²⁵⁾.

(321) La plupart des instruments d'harmonisation du droit européen des contrats font de la précision une condition d'existence de l'offre. V. ainsi PDEC, art. 2:201 (1) b ; Principes Acquis, art. 4:103 (1) b ; DCFR, livre II, art. 4:201 (1) b. V. déjà en même sens : LUFC, art. 4, § 1, puis CVIM, art. 14, § 1, et Principes Unidroit, art. 2.1.2.

(322) Rappr. C. civ., art. 1132. L'objet et la cause de l'engagement doivent exister dans l'intention du pollicitant pour former l'offre et rendre son acceptation possible, mais cet objet et cette cause doivent encore exister en réalité pour former un contrat valable. Sur ce critérium distinctif des notions d'inexistence et de nullité, v. déjà *supra*, n° 12, spéc. note 196.

(323) C'est-à-dire d'en permettre l'exécution forcée. L'engagement échappera donc au vice d'indétermination si son objet peut être complété par voie de dispositions supplétives, auxquelles le pollicitant est censé s'être référé. Mais cette exigence de précision n'a pas pour but de permettre au juge de contrôler, en outre, la possibilité et la licéité de l'objet, ne serait-ce que parce que ces deux qualités sont présumées jusqu'à preuve contraire. Raison pour laquelle on ne requiert pas de la cause d'être, elle aussi, suffisamment déterminée.

(324) Puisque le juge serait mis dans l'impossibilité de se déterminer entre l'étalon exigé par le créancier et l'asticot tendu par le débiteur.

(325) Le droit français ne retient donc pas la solution qui consisterait à laisser au juge le soin de déterminer lui-même l'espèce ou la quotité en fonction de la valeur de la contrepartie éventuelle. Pourtant, si on le conçoit bien lorsque cette indétermination porte sur l'espèce même de la chose, puisqu'à une valeur égale

(suite p. suiv.)

149. Analyse – Cette inefficacité met toutefois en œuvre un raisonnement juridique différent selon que la proposition ne mentionne rien de l'objet du contrat ou qu'elle n'en donne qu'une définition insuffisante.

Dans le premier cas, l'indétermination totale d'une offre qui consisterait à ne proposer qu'un contrat sans autre précision reviendrait à n'émettre proprement aucune pollicitation. La volonté aura bien un objet, l'offre de contrat, mais cette offre elle-même, faute de toute indication, n'en aura aucun. De sorte qu'à ce point d'imprécision, l'indétermination de l'objet se confondra à son inexistence et, par là, à celle de l'offre elle-même. Proposer de « conclure un contrat » en ces termes pourra bien constituer une proposition, ou une « offre » *commune sensu*, il ne s'agira pas d'une offre de contrat au sens que revêt cette notion en droit.

Mais cette première hypothèse paraît bien académique. La plupart du temps en effet l'indétermination n'atteindra pas cette extrémité : le pollicitant aura toujours donné un objet au contrat proposé, quand bien même ne l'aurait-il pas suffisamment défini. Dès lors, puisque l'offre, et avec elle l'accord projeté, dispose d'un objet, aussi imprécis soit-il, il faut conclure que cette pollicitation existe. Simplement, elle portera avec elle un vice qu'elle transmettra à la convention formée par l'acceptation. Car l'indétermination de l'objet de l'engagement est un vice propre au contrat : lui seul oblige à exécution, et c'est parce que l'imprécision de la stipulation désactive cet effet obligatoire qu'elle annihile son objet. Si bien que, ainsi qu'on l'enseigne, l'indétermination de l'objet est une cause de nullité absolue plutôt que d'inexistence du contrat⁽³²⁶⁾.

peut correspondre une multitude d'espèces différentes, il serait tout à fait envisageable d'estimer en revanche qu'en offrant une chose définie dans son espèce sans l'être dans sa quotité, tout en fixant son prix par ailleurs, le pollicitant aurait entendu s'en remettre, s'il existe, au prix du marché, de façon à permettre de déterminer en fonction la quotité du bien offert. Somme toute, une telle présomption serait plutôt moins cavalière que la solution retenue par d'autres systèmes pour régler le cas analogue de l'indétermination du prix (v. not. C. civ. italien, art. 1474, al. 2, et CVIM, art. 55, qui permettent de fixer le prix de vente non convenu en fonction du prix du marché), où il est même très généralement renvoyé à la seule et vague notion de « prix raisonnable » (v. par ex. *NBW*, art. 7:4, pour les Pays-Bas ; *British Bank for Foreign Trade Ltd vs. Novinex Ltd*, 1949, pour le droit anglais ; *Avinter Ltd vs. Royal Airlines Services Ltd*, 1994, pour le droit écossais ; *UCC*, § 2-305, et *Restatement Second on contracts*, § 204, pour les États-Unis ; *Principes Unidroit*, art. 5.1.7 (1) ; *PDEC*, art. 6:104). Elle semble même plus réaliste, car s'il peut paraître assez rustre de forcer celui qui vend son bien à préciser qu'il entend ne pas s'obliger avant d'avoir convenu d'un prix avec son interlocuteur, il l'est peut-être moins d'estimer que, le prix et l'espèce déterminés, ce vendeur a probablement entendu fixer cette quotité en rapport au prix du marché. On peut bien comprendre ainsi que dire « je vous vends dix tonnes de blé » n'oblige pas autant que dire « je vous vends pour 2000 euros de blé ».

(326) Pour voir dans cette indétermination relative de l'offre une cause de son inexistence, il faudrait poursuivre l'analyse pour déduire de cette imprécision l'intention de son auteur de ne pas s'engager immédiatement. En ce cas cependant, l'offre ne serait pas inexistante pour indétermination de son objet mais pour stipulation implicite d'une réserve de non-engagement immédiat (v. *infra*, n° 157). V. déjà en ce sens le discours du tribun GRENIER donné devant le Corps législatif le 15 ventôse an XII, in P. A. Fenet, *op. cit.* (*supra*, note 62), t. XIV, p. 185, art. 1591, et J.-G. Locré, *op. cit.* (*supra*, *ibid.*), t. XIV, pp. 233-234 : « L'incertitude sur le prix ferait naître une incertitude sur le consentement même ». C'est peut-être pour cette raison que l'article 14, alinéa 1^{er}, de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises paraît faire de cette détermination une condition d'existence de l'offre. V. égal. 3^e civ., 11 févr. 2009, *Bull.*, III, n° 37, qui estime « qu'en l'absence de détermination suffisante de l'objet de la vente, celle-ci n'était pas parfaite ». Comp. *Restatement Second on contracts*, § 33, qui distingue clairement les deux hypothèses en énonçant que l'offre voulue comme telle par son auteur, et donc existante, n'en serait pas moins inefficace

(suite p. suiv.)

Et encore cette nullité sera-t-elle même évitée s'il apparaît au travers de cette imprécision que le pollicitant n'a pas entendu tendre à la formation du contrat définitif mais seulement à celle d'un avant-contrat, c'est-à-dire plus spécialement alors d'un accord de principe sur la nature de l'engagement à constituer : cette offre-là existera et aboutira à la formation d'une convention valable. On ne pourra pas même dire d'elle qu'elle est incomplète.

2. L'offre incomplète

150. Hypothèse – Même assez déterminée pour œuvrer à la formation d'un contrat susceptible d'exécution forcée, une offre manquera encore de précision si elle ne comporte pas tous les éléments voulus par son auteur : elle péchera alors par incomplétude plutôt que par indétermination. Le proposant aura en effet pu prévenir, par une déclaration antérieure, des précisions que devra contenir son offre pour valoir comme telle ; et il faudra dès lors présumer que la volition ultérieure qui ne les contiendrait pas ne constituera pas, dans son intention, l'offre de contrat annoncée⁽³²⁷⁾.

La lacune sévira par omission, ce qui suppose que le pollicitant n'ait pas renvoyé à des conditions figurant sur un autre document⁽³²⁸⁾ ni proposé de procéder à leur fixation unilatérale par l'une des parties ou par un tiers une fois le contrat conclu, mais elle pourra aussi bien résulter de tout autre vice d'expression, tel que, notamment, l'incertitude du sens à donner à la stipulation considérée⁽³²⁹⁾.

151. Analyse – Au contraire de ce qui prévaut pour l'offre indéterminée, l'imprécision de l'offre incomplète est donc subjective : elle dépend exclusivement de la question de savoir si la proposition exprimée contient tous les éléments voulus par son auteur, là où l'indétermination de l'offre se jugeait sur le critère objectif de sa coercibilité. De cette substitution de fondement, il résulte que l'offre incomplète ne tend plus seulement à la formation d'un contrat nul : elle est véritablement inexistante et empêche donc jusqu'à

si ses termes n'étaient pas assez précis pour lui permettre d'être sanctionnée par le juge. Rapp. égal. UCC, § 2-204 (3).

(327) Intention plus probable en effet que celle qui consisterait à revenir sur sa première déclaration : la renonciation ne se présume pas. En revanche, l'hypothèse dans laquelle l'offrant aurait omis de stipuler tous les éléments correspondant à la qualification qu'il aura donnée au contrat proposé ne correspond pas à celle d'une offre incomplète mais à celle d'une offre indéterminée, avec toutes les conséquences que cette différence implique (v. *supra*, n° 149). La seule qualification du contrat par le pollicitant suffit en effet à présumer que celui-ci a voulu en proposer la formation : offrir ainsi de *vendre* une chose sans en préciser le prix postule nécessairement l'intention d'en céder la propriété contre paiement d'un prix, quand bien même ce dernier resterait indéterminé dans sa quotité. Si une telle offre doit être inexistante, ce ne sera pas alors pour incomplétude mais, là encore, pour stipulation éventuelle d'une réserve de non-engagement immédiat (v. *infra*, n° 157). À défaut, l'offre existera et entraînera simplement la formation d'un contrat nul (v. *supra*, n° 149).

(328) Ou qu'il ait renvoyé à des stipulations en réalité inexistantes.

(329) V. *supra*, n° 141 et s.

la formation même du contrat à venir⁽³³⁰⁾.

Mais, une fois ces éléments subjectivement établis, il faut encore que l'incomplétude de la proposition ait été involontaire⁽³³¹⁾. Car, si le proposant avait sciemment manqué à émettre une proposition reprenant l'ensemble des conditions initialement prévues, il serait facile d'estimer, puisque le caractère intentionnel de cette imprécision serait alors établi, que le pollicitant sera revenu sur sa première volonté pour choisir d'émettre finalement une offre ferme et définitive. Surtout, même cette dernière intention écartée, l'offre ainsi exprimée en conscience de son imperfection s'en trouverait en réalité affectée d'une réserve de non-engagement immédiat, de sorte qu'elle ne serait plus inexistante pour incomplétude mais pour rétention.

C - LA RÉTENTION DE L'OFFRE

152. Les réserves non disqualifiantes – L'offre, pour exister, doit enfin avoir été manifestée avec assez de fermeté. Non pas que la certitude ou la précision de son expression soient à nouveau en cause⁽³³²⁾, mais il faudra simplement vérifier que, même suffisamment certaine et précise, la pollicitation ne comporte encore aucune réserve qui soit susceptible d'en exclure l'existence⁽³³³⁾.

Car toutes les réserves attachées à une offre de contrat n'ont pas sur elle le même effet. La plupart n'ont ainsi pour seul but que de préciser le champ et la teneur de l'engagement sans affecter en rien l'offre qui l'inaugure. Tel est bien le cas de la proposition réservée à une seule personne déterminée, ou à une seule catégorie de personnes : la limitation du nombre de ses destinataires ne contrarie aucunement l'efficacité de la pollicitation⁽³³⁴⁾. Cela est si vrai que cette réserve résultera parfois de l'objet même du contrat proposé : lorsque la vente d'une chose certaine est offerte au public, il est bien acquis que l'offre, dès lors qu'on lui accorde cette nature⁽³³⁵⁾, sera nécessairement réservée au premier

(330) Sur ce critère de distinction entre inexistence et nullité, v. déjà *supra*, n° 148, note 322.

Une autre hypothèse d'offre incomplète serait à la rigueur envisageable : celle dans laquelle la pollicitation ne comporterait pas toutes les mentions contingentes nécessaires à son acceptation, telles que, au cas d'offre à distance par exemple, l'identité ou l'adresse de son auteur. Mais ces mentions ne participant pas de la substance de l'offre, leur omission – involontaire au moins – ne suffira pas à disqualifier la proposition : une offre de contrat aura bien été émise, seulement vouée à ne jamais rencontrer son acceptation. Une telle offre resterait donc inefficace en fait plutôt qu'en droit. Pour le cas où cette lacune résulterait d'une intention de l'auteur, v. cep. *infra*, n° 154.

(331) Ce qui s' imagine fort bien : encore une fois, l'auteur de la proposition peut parfaitement ne pas avoir pris garde à mentionner tous les éléments qu'il avait initialement tenus pour déterminants, ou avoir renvoyé par erreur à un document en réalité inexistant, sans avoir pour autant souhaité renoncer à ces conditions.

(332) Sur quoi, v. *supra*, n°s 141 et s. puis 147 et s.

(333) La fermeté de l'offre n'importe ici qu'au moment de son émission : la volonté ultérieure du pollicitant de révoquer son offre ne changerait rien au fait que celle-ci aura existé. Sur la révocation de l'offre, v. *infra*, n° 247 et s.

(334) Seules seront inefficaces les acceptations données par les tiers non destinataires : v. *infra*, n° 252 et s.

(335) V. not. 3^e civ., 28 nov. 1968, *Bull.*, III, n° 507 (*JCP* 1969, II, 15797 ; *Gaz. Pal.* 1969, I, p. 95 ; *RTD civ.* 1969, p. 348, obs. G. Cornu, et p. 555, obs. Y. Loussouarn), qui pose le principe : « attendu que l'offre faite au
(suite p. suiv.) »

acceptant⁽³³⁶⁾. À cette hypothèse se rattache d'ailleurs celle tout aussi commune dans laquelle un commerçant proposerait un produit à la vente jusqu'à épuisement de son stock : quelle que soit son analyse, on ne discute pas en effet qu'une telle offre existe, même réservée à ceux qui y auront adhéré assez tôt⁽³³⁷⁾. Et l'on peut également évoquer, parmi d'autres, la réserve d'élection de command, par laquelle le pollicitant se ménagerait la faculté de contracter pour le compte d'un tiers et ainsi de se substituer rétroactivement un éventuel commettant⁽³³⁸⁾ : qu'elle vaille pour le compte du stipulant ou pour celui d'un autre, l'offre assortie d'une telle réserve n'en vaudra pas moins. Certaines réserves, enfin, n'ont pour objet que de venir limiter, non l'existence, mais la validité de la proposition, et de façon alors temporaire. Il est bien acquis ainsi que toute pollicitation ne vaut que pour un temps, passé lequel elle tombera par caducité : l'offre existera bien mais ne subsistera, comme il est naturel, que jusqu'à l'arrivée de ce terme⁽³³⁹⁾.

public lie le pollicitant à l'égard du premier acceptant dans les mêmes conditions que l'offre faite à personne déterminée ». La solution demeure cependant discutée, en particulier lorsqu'on la compare avec celle retenue par certains systèmes étrangers. Pour la disqualification de l'offre faite au public, v. not. le droit allemand (cf. C. WITZ, *op. cit.* (*supra*, note 50), n° 144, p. 134), et CVIM, art. 14, § 2, qui posent tous deux la présomption selon laquelle l'offre à personne indéterminée ne constituerait qu'un appel d'offre. Les synthèses les plus récentes optent cependant pour l'efficacité de l'offre publique : v. ainsi PDEC, art. 2:201 (2) ; Principes Acquis, art. 4:103 (2). *Adde*, en même sens, C. civ. italien, art. 1336, al. 1^{er}, ou encore C. civ. brésilien, art. 429. Si l'on prend la peine de s'interroger sur les raisons de la divergence d'analyse que paraissent entretenir sur ce point les systèmes juridiques, on trouvera la plus sérieuse d'entre elles dans la différence radicale de nature que ceux-ci attribuent à l'offre de contrat. Dans les systèmes où l'offre revêt une telle force obligatoire qu'elle en devient irrévocable et transmissible, on conçoit bien en effet qu'il ne soit pas imposé à son auteur de patienter passivement jusqu'au terme du délai de validité de la proposition qu'il aura faite au public : il va de l'intérêt même de l'activité économique de ne pas paralyser ainsi les volontés. Au moins, lorsque la proposition est adressée à une personne déterminée, l'auteur peut-il toujours interroger celle-ci sur ses intentions pour tenter de s'affranchir alors de la servitude que constitue pour lui une telle offre. Mais en droit français même, la solution consistant à assimiler l'offre publique à une offre à personne déterminée ne s'impose pas avec la force de l'évidence. Dès lors que l'on estime en effet que tout contrat noue une relation *intuitu pecuniae* – c'est-à-dire formée en considération des patrimoines respectifs des contractants, de sorte notamment qu'aucun des deux ne peut transférer sa dette à autrui sans l'accord de son cocontractant (v. *infra*, n° 256) – la logique juridique aurait imposé de laisser à l'auteur d'une offre publique le soin d'apprécier la solvabilité de ses interlocuteurs avant de les admettre pour cocontractants. Pour décider du contraire, il faut donc poser en présomption que ce pollicitant renoncerait à cette réserve tacite dès lors qu'il s'adresserait à quiconque. Cette solution fait le choix de maximiser l'échange consumériste, au risque de favoriser le surendettement. Elle privilégie ainsi l'échange sur sa sécurité. Sur cette alternative, v. A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2^e éd., PUF, 1998, n° 10, p. 38. Il n'est que lorsque cet *intuitus pecuniae* de droit commun se nove en *intuitus personae* que le proposant se voit conférer le pouvoir de former ou non le contrat avec celui qui se sera présenté. On trouve ces derniers exemples dans les offres publiques de bail, de prêt ou encore d'assurance. Sur cette autre réserve, v. *infra*, n° 157, spéc. note 373.

(336) Et les acceptations ultérieures ainsi rendues inefficaces pour disparition de l'offre acceptée : v. *infra*, n° 251. Pour l'admission de cette réserve tacite, v. G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de droit civil*, dir. G. Baudry-Lacantinerie, 3^e éd., L. Larose et L. Tenin, t. XIX, *De la vente et de l'échange*, 1908, n° 50, p. 38 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.* (*supra*, note 119), n° 134, p. 104, note 6. Le droit européen serait également en ce sens : v. Principes Acquis, art. 4:103 (3).

(337) V. ainsi J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.* (*supra*, note 119), n° 135, p. 105 : « la réserve d'épuisement des stocks ne « disqualifie » pas l'offre, mais en limite seulement la portée. » Cette réserve exonérera ainsi le commerçant de l'obligation de reconstituer ce stock pour servir le nouvel acceptant. V. par ex. PDEC, art. 2:201 (3), qui présume cette réserve de validité. Réserve salvatrice de ce point de vue car, dès lors que l'offre porte sur une chose de genre, l'épuisement du stock chez le seul pollicitant ne suffirait pas à faire disparaître la chose objet de la vente et à justifier par là la nullité des contrats ultérieurement formés.

(338) V. par ex. G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAT, *op. cit.* (*supra*, note 336), n°s 172 à 183, pp. 167-175.

(339) V. *infra*, n° 245. Observons alors que toute réserve de validité appliquée à une offre de contrat procède nécessairement de la stipulation d'un terme suspensif ou extinctif. Phénomène d'ailleurs remarquable où la
(suite p. suiv.)

Seules, en définitive, les réserves portant sur le principe même de tout contrat ont pour effet de venir mettre en question l'existence de la pollicitation : il faut que le proposant ait eu quelque réserve à s'engager pour pouvoir considérer que son offre ait pu être retenue. En sorte que la démonstration s'ordonnera ici sur la distinction, seule pertinente⁽³⁴⁰⁾, qui s'établit alors entre réserve de non-engagement (1) et simple réserve d'agrément (2).

1. La réserve de non-engagement

153. Une réserve définitive ou temporaire – Lorsque l'auteur de l'offre n'entend pas véritablement s'obliger, il retient sa proposition par une réserve de non-engagement, que celle-ci fût déclarée – expressément ou tacitement – ou qu'elle fût demeurée dans le secret de sa conscience⁽³⁴¹⁾. Il peut alors choisir de ne jamais vouloir s'engager ou se contenter de reporter son engagement à plus tard : il assortira ainsi son offre d'une réserve que l'on qualifiera en fonction de non-engagement absolu (a) ou de non-engagement immédiat (b).

notion de terme n'intervient plus seulement dans l'effet de l'acte juridique mais dans sa validité même, et qui trouve cependant son explication dans le fait que la pollicitation n'a aucun autre effet que de permettre à l'acceptant de former le contrat, ce en quoi cet effet se confond entièrement à sa validité. Sur l'offre assortie d'un terme suspensif, v. ainsi *infra*, n° 237 et s. Et sur l'offre soumise à un terme extinctif, v. *infra*, n° 245. Comp. l'offre subordonnée à une condition suspensive, *infra*, nos 156 et 157. Pour la condition résolutoire de l'offre, enfin, v. *infra*, n° 247 et s.

(340) La littérature juridique fait plus souvent état d'une autre distinction qui prévaudrait entre *réserve mentale* et *réserve déclarée* (v. par ex. B. CÉLICE, *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, th. Paris, 1965, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 84, 1968, n° 151, p. 89). Pourtant, la question de savoir si la réserve a été ou non déclarée n'influe en rien sur l'existence matérielle de la pollicitation (v. *infra*, note suiv.) : elle n'importe que pour constituer, le cas échéant, l'apparence opposable par l'acceptant qui aura cru en une offre en réalité inexistante pour cause de réserve demeurée mentale. Déterminer l'effet d'une réserve sur une volition suppose d'examiner, non la forme prise par cette réserve, mais sa nature même, c'est-à-dire la portée qu'a voulu lui donner le proposant.

Un autre auteur (J.-L. AUBERT, *op. cit.* (*supra*, note 97), nos 41 à 44, pp. 47-53) proposait de distinguer la *réserve relative*, qui ne ferait disparaître l'offre qu'à l'égard de quelques uns et qui s'illustrerait spécialement dans la réserve d'agrément, et la *réserve absolue*, qui anéantirait la pollicitation à l'égard de tous, tel que le produirait la réserve de validité. Mais, de fait, la réserve d'agrément paraît disposer d'une portée non moins absolue que celle des autres réserves : avant l'agrément, l'offre vaut nécessairement à l'égard de tous ses destinataires ou elle ne vaut à l'égard d'aucun (v. *infra*, nos 158 et 159) ; après l'agrément, elle vaudra pour le seul cocontractant agréé, comme toute offre émise sans réserve à une personne déterminée. Si elle doit être réservée à quelques uns, ce n'est donc pas parce qu'elle accordait une faculté d'agrément à son auteur mais parce qu'elle n'aura été adressée qu'à une ou plusieurs personnes déterminées. Quant à la notion de réserve absolue, on le comprend, elle vise par voie de conséquence la quasi-totalité des types de réserve, de sorte que la distinction y perd beaucoup de sa pertinence.

(341) Sur cette distinction, v. *supra*, note préc. De fait, la réserve de non-engagement n'a pas à être déclarée, car elle n'est pas une volition propre mais la négation de celle à laquelle elle se joint ; il ne s'agit pas seulement de savoir si l'auteur a exprimé une réserve en sus de son offre mais si, ce faisant, il a retenu son offre pour finalement n'exprimer ni l'une ni l'autre. Si bien que, au contraire de ce qui prévaut pour toute volition, il n'importe pas que la réserve ait été connue pour exister (comp. *supra*, n° 117, *in medio*). Ce en quoi, en elle-même, la réserve mentale n'en reste pas moins efficace que la réserve déclarée : dans tous les cas, il s'agira seulement d'avoir égard à l'intention réelle du déclarant (v. *supra*, n° 118). Sur les difficultés probatoires auxquelles elle pourrait toutefois se heurter, v. *supra*, n° 118, spéc. note 68.

a. *Le non-engagement absolu*

154. La négation de l'offre en général – Il arrive assez souvent que l'auteur d'une déclaration qui se présente objectivement comme une offre⁽³⁴²⁾ n'ait en réalité pas voulu émettre de pollicitation, soit qu'il n'ait simplement pas souhaité s'engager en droit, soit qu'il n'ait même, au fond, rien voulu proposer. Dans le premier cas, cet auteur aura bien œuvré à la formation d'un accord, mais pas d'un contrat ; de sorte que s'il y a encore une offre, au sens commun du terme, il ne s'agira pas d'une offre de contrat⁽³⁴³⁾. Dans le second, la proposition du déclarant n'exprimera rien de son intention : il n'y aura alors plus aucune offre authentique, ni de contrat, ni de toute autre forme d'accord⁽³⁴⁴⁾.

La réserve, en cette dernière hypothèse, se déduira des circonstances les plus diverses. L'offre aura d'abord pu être émise par jeu : celui qui use d'ironie pour feindre de proposer un contrat n'exprime pas plus de pollicitation véritable⁽³⁴⁵⁾ que l'acteur de théâtre qui déclamerait son texte⁽³⁴⁶⁾. Et il en ira autant, pour rappeler aux exemples les plus classiques, du professeur qui n'aura formulé une offre de contrat qu'à seule fin d'illustrer son propos⁽³⁴⁷⁾. Mais la même réserve se retrouvera également chez celui qui, pris de colère, n'aura pas vraiment pensé ce qu'il disait : il pourra bien avoir eu pleinement conscience de proposer un contrat⁽³⁴⁸⁾, ce discernement minimal ne l'empêchera pas de regretter ses déclarations une fois son calme recouvré⁽³⁴⁹⁾. Si bien que, sauf le jeu de la théorie de

(342) Ce qui ne vise donc pas le cas dans lequel la proposition aurait été sciemment adressée à un autre que son destinataire : en cette autre hypothèse en effet, le message n'apparaîtrait même pas comme une offre, faute de son premier élément constitutif (v. *supra*, n° 117, *in fine*, et n° 134, spéc. note 238). Il n'y a réserve *proprio sensu* que lorsque celle-ci vient désactiver une volition qui, sans ce complément, aurait pu valoir engagement.

(343) On pourra alors parler, au sens le plus strict, de *réserve juridique*. Sur cette hypothèse, v. plus spéc. *infra*, n° 272.

(344) V. ainsi 1^{re} civ., 24 nov. 1998, *Bull.*, I, n° 328 ; D. 1999, SC, p. 110, obs. Ph. Delebecque ; D. *Aff.* 1999, p. 164, qui censure une cour d'appel pour avoir retenu l'existence d'une offre de renouvellement alors que le courrier du prétendu offrant ne constituait qu'une demande d'information sur les intentions de son cocontractant, ce qui n'impliquait pas nécessairement sa volonté de se rengager aux mêmes conditions : faute de cette précision, son initiative ne pouvait donc valoir offre ferme de contrat.

(345) Sur l'offre émise *jocandi causa*, v. par ex. K. S. ZACHARIÄ, *Handbuch des französischen Civilrechts*, 5^e éd., par A. Anschütz, E. Mohr, Heidelberg, 1853, trad. G. Massé et Ch. Vergé, *Le Droit civil français par K.-S. Zachariae*, A. Durand, t. III, 1856, § 613, 3^o, p. 554 : « Il faut que le débiteur ait en l'intention de s'obliger : une parole donnée en plaisantant n'est point un consentement. » ; R. DEMOGUE, *op. cit.* (*supra*, note 95), n° 158, p. 256 ; P. ESMEIN, *op. cit.* (*supra*, note 71), n° 99, p. 105. Rapp. égal. J. R. SEARLE, *Speech Acts*, Cambridge Univ. Press, 1969, trad. H. Pauchard, *Les actes de langage – Essai de philosophie du langage*, Hermann, 1972, p. 98, qui fait du sérieux de l'intention la première condition d'existence de toute promesse.

(346) V. déjà VARRON, *De Lingua Latina*, VI, 72 (cité par P. F. Girard, *op. cit.* (*supra*, note 150), p. 489, 3^o) ; et PAUL, *in Dig.*, XLIV, VII, 3, § 2.

(347) V. F. K. VON SAVIGNY, *op. cit.* (*supra*, note 16), t. III, 1857, § CXXXIV, p. 264.

(348) Si la colère était telle qu'elle avait entièrement obnubilé le discernement, la volonté ferait d'abord défaut pour cette autre cause (v. *supra*, n° 101, *in fine*). Et si elle ne l'avait que diminué, on y aurait trouvé la source d'un trouble mental propre à vicier le consentement et à justifier par conséquent la nullité relative plutôt que l'inexistence du contrat (C. civ., art. 414-1 et 414-2).

(349) Poussé à son terme, le raisonnement vaut d'ailleurs autant pour les autres émotions, qui constituent toutes, à un certain degré, des affections de la raison : de façon générale en effet, la volonté peut être abolie, dans son expression, par les mêmes causes que celles qui, à sa source, pouvaient altérer la conscience (v. *supra*, *ibid.*).

l'apparence⁽³⁵⁰⁾, le pollicitant irréfléchi devrait pouvoir se soustraire à l'engagement que seul son emportement lui aura fait prendre et que l'acceptant éventuel prétendrait voir néanmoins sanctionner⁽³⁵¹⁾.

La loi du temple d'Artémis ne sévit donc pas hors ses murs : nulle Cydippé n'aurait à craindre ailleurs de se trouver engagée à épouser Acontios pour avoir découvert à voix haute la promesse inscrite par celui-ci sur la pomme envoyée à ses pieds⁽³⁵²⁾.

155. La négation d'une stipulation en particulier – Si l'auteur peut ne rien vouloir d'une proposition exprimée *pro forma*, il peut aussi bien n'exclure le caractère obligatoire que de l'une, ou plusieurs, des stipulations contenues dans son offre.

Ces stipulations, comme toutes autres indications portées par la proposition, se verront ainsi soustraites à la force obligatoire de l'engagement par l'adjonction expresse de la mention « *non contractuel* »⁽³⁵³⁾. Mais à l'occasion, une telle exclusion opère également tacitement : les circonstances pousseront ainsi à attribuer parfois un simple caractère informatif à l'évocation dans l'offre de l'existence d'un fait préexistant ou prévisible, sans obliger donc le pollicitant à entretenir ou à réaliser ce fait, et sans y conditionner nécessairement non plus la formation ou l'exécution du contrat proposé, faute de toute intention établie en ce sens. Spécialement, le renvoi dans l'offre à des règles extracontractuelles préexistantes n'implique pas, à lui seul, l'intention de les contractualiser et laisse donc l'auteur libre de les modifier s'il dispose par ailleurs de ce pouvoir⁽³⁵⁴⁾.

Là où porte une telle réserve, la négation de l'engagement par le déclarant est donc totale. Mais celui-ci pourrait, tout en réservant actuellement sa volonté, ne pas souhaiter rejeter pour autant l'éventualité d'un accord ultérieur : il se contentera alors de mettre obstacle à son seul engagement immédiat.

(350) Sur lequel, v. *infra*, n° 229 et s.

(351) Rappr. la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation qui juge non avenue la démission donnée sous l'empire de la colère, au point de requalifier la rupture consécutive consommée par l'employeur en licenciement sans cause réelle et sérieuse. V. ainsi Soc., 18 mars 1992, pourvoi n° 89-40474, qui, censurant pour violation de la loi l'arrêt d'appel qui entérinait la démission déclarée sous le coup de la colère, institue nécessairement, ce jugeant, une présomption *de jure* selon laquelle la volonté exprimée sous cette emprise devrait être réputée inconsciente. V. encore Soc., 4 mars 1998, pourvoi n° 95-44836 ; et 20 févr. 2013, pourvoi n° 11-20797. Comp. la sanction de la démission donnée dans un état dépressif, *supra*, n° 106, spéc. note 110.

(352) Selon la légende hellénique contée par CALLIMAQUE dans ses *Aitia*, et latinisée par OVIDE aux dernières épîtres de ses *Héroïdes*.

(353) Pour autant que cette mention ne vienne pas contredire l'intention autrement manifestée par le pollicitant. Sur quoi, v. *supra*, n° 143, spéc. note 283.

(354) V. not. Soc., 11 janv. 2000, *Lousier*, *Bull.*, V, n° 17 (*D.* 2000, p. 893, note G. Pignarre ; *Dr. social* 2000, p. 833, 2^e esp., note M. Varicel), qui énonce pour principe « *que la remise au salarié, lors de son embauche, d'un document résumant les usages et les engagements unilatéraux de l'employeur n'a pas pour effet de contractualiser les avantages qui y sont décrits* ». Comp. Soc., 3 juin 2003, *Bull.*, V, n° 185, et *Rapp.*, p. 295 (*Dr. social* 2003, p. 884, note J. Savatier ; *RJS* 2004, p. 3, « *Clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail* », par J. Péliissier ; *RDC* 2004, p. 381, obs. crit. Ch. Radé), qui, de façon autrement plus contestable, étend la solution jusqu'à poser la présomption, justifiant cassation, selon laquelle « *la mention du lieu de travail dans le contrat de travail a valeur d'information à moins qu'il soit stipulé par une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu* ». Le virement semble pourtant opéré : v. encore ainsi Soc., 4 juill. 2007, pourvoi n° 05-45688 ; *RDC* 2008, p. 393, obs. Ch. Radé.

b. Le non-engagement immédiat

156. L'offre sous condition casuelle – Une offre peut, aussi bien que le contrat lui-même, être suspendue par son auteur à la réalisation d'un événement incertain. La question se pose alors de savoir si l'introduction d'une condition casuelle dans la proposition suffit à valoir réserve de non-engagement immédiat et à disqualifier en conséquence la pollicitation.

La réponse réside dans un simple constat : dès lors que l'événement considéré échappe entièrement au pouvoir du pollicitant, sa proposition demeure assez ferme pour valoir offre de contrat⁽³⁵⁵⁾. Rien, en effet, ne permet alors de distinguer cette offre conditionnelle de contrat d'une offre de contrat conditionnel : dans tous les cas, l'acceptation conclura un contrat suspendu à la réalisation du même événement⁽³⁵⁶⁾.

L'hypothèse est du reste assez commune. Celui qui, soumis à une autorité hiérarchique, adresse une offre à son interlocuteur sous réserve de l'accord de sa direction, s'exprime bien sous la condition d'obtenir cette approbation sans que cela empêche pour autant le destinataire de faire connaître son acceptation *pendente conditione* et de former alors immédiatement un contrat suspendu au même événement⁽³⁵⁷⁾. Du fait de cette acceptation anticipée, le pollicitant aura ainsi perdu la faculté de se rétracter et son engagement conditionnel deviendra consécutivement transmissible.

Mais la condition pourrait aussi bien porter sur un fait dépendant du pouvoir de l'acceptant : elle demeurerait encore assez casuelle à l'endroit du pollicitant pour ne pas priver l'offre de sa fermeté et, par là, de son existence⁽³⁵⁸⁾. L'acceptation formerait alors le contrat sous la condition suspensive de la réalisation par l'acceptant du fait attendu⁽³⁵⁹⁾. En l'absence d'accomplissement dans le délai stipulé, la condition serait réputée défaillie et

(355) L'exigence de fermeté de l'offre doit en effet se vérifier en fonction du critère consistant à savoir si son auteur s'est ménagé la faculté potestative de ne pas se trouver obligé en cas d'acceptation : si cette éventualité ne dépend que d'un événement échappant à la volonté de l'offrant, celui-ci aura bien émis une volition susceptible de l'engager. C'est bien en ce sens que se décide la Cour de cassation chaque fois qu'elle juge que l'offre de financement émise sous réserve d'une constitution de garantie est assez ferme pour valoir réalisation de la condition suspensive insérée à la vente immobilière par l'article L. 312-16 du Code de la consommation : 1^{re} civ., 14 janv. 2010, pourvoi n° 08-21520, et 3^e civ., 23 juin 2010, *Bull.*, III, n° 133 (*RTD civ.* 2010, p. 551, obs. B. Fages).

(356) Comme tout acte juridique – et plus généralement comme tout objet de pensée – la pollicitation est susceptible d'exister sous condition. Il faut alors observer que les conditions qui suspendent l'existence du contrat suspendent nécessairement aussi, au préalable, l'existence de l'offre. Le point se manifeste clairement lorsque la condition vient à défaillir avant la réponse de son destinataire : en ce cas, en effet, il tombe sous le sens que son consentement ultérieur ne formera aucun contrat, lequel demeurera ainsi inexistant. C'est en tout cas la solution la plus simple, celle qui évite d'affirmer que l'acceptation d'une offre après défaillance de la condition suspensive conclurait un contrat d'ores et déjà caduc, c'est-à-dire nul.

(357) Il faudrait découvrir, derrière cette condition, la volonté implicite de l'offrant de se ménager une véritable réserve de non-engagement immédiat, ce que la soumission de la proposition à une condition casuelle n'implique pas en soi. Il s'agirait alors d'entendre la proposition *ad referendum* comme signifiant : « je vous fais cette offre sous réserve que je vous la confirme lorsque j'aurai obtenu l'approbation attendue ». Sur cette réserve, v. *infra*, n° 157.

(358) Pour une illustration, v. Com., 4 juin 1980, *Bull.*, IV, n° 240, qui déboute le concessionnaire automobile qui prétendait avoir conclu le renouvellement de sa concession, alors qu'il ne s'était pas engagé, comme l'offre du concédant l'exigeait, à cesser la représentation d'une marque concurrente.

(359) Condition qui, pour être éventuellement potestative, ne mettra cependant pas obstacle à l'existence du contrat. Sur cette autre question, v. *infra*, n° 289 et s.

le contrat disparaîtrait par caducité. Et si aucun délai n'est stipulé, le contrat s'éteindra au jour où cette exécution sera devenue impossible (C. civ., art. 1176) ou aura perdu tout intérêt⁽³⁶⁰⁾. À défaut de l'une ou l'autre de ces circonstances, le pollicitant devrait pouvoir résilier un engagement devenu alors perpétuel⁽³⁶¹⁾.

157. L'offre sous condition potestative – Lorsque l'offre se soumet à une condition potestative⁽³⁶²⁾, elle en perd assurément cette fois sa fermeté constitutive, le proposant ne faisant rien d'autre alors que subordonner l'existence de sa volition contractuelle à une réitération déclarée⁽³⁶³⁾.

Cette réserve de réitération se manifeste aussi bien expressément que tacitement. Elle se déduira ainsi de la lacune volontairement entretenue par le pollicitant : celui qui émet une offre qu'il sait insuffisamment déterminée pour former un contrat valable⁽³⁶⁴⁾, ou trop incomplète pour valoir même comme pollicitation⁽³⁶⁵⁾, aura en réalité assorti sa proposition d'une réserve de non-engagement immédiat, de sorte que l'offre s'en trouvera disqualifiée pour cette raison plutôt que pour indétermination ou pour incomplétude. Et l'on pourrait conclure identiquement de la proposition qui aurait été intentionnellement privée par son auteur des indications nécessaires à son acceptation⁽³⁶⁶⁾. Mais cet effet opérera plus sûrement encore sur une offre parfaitement déterminée et complète : la réserve suffira alors à disqualifier une pollicitation véritable en simple invitation à entrer en pourparlers ou en appel d'offre.

À moins de circonstances ou de mentions particulières, l'offre affectée d'une condition de réitération passera en effet pour une simple **invitation à entrer en pourparlers**. Appliquée à une proposition qui eût autrement valu pollicitation, cette réserve a ainsi pour conséquence de priver le destinataire de la faculté de conclure le contrat. Son acceptation ne formerait pas même un avant-contrat⁽³⁶⁷⁾ : s'il y a accord, celui-ci ne portera aucune

(360) Il n'est aucune raison en effet pour que ne pas déduire de cet intérêt l'existence d'un délai implicite. Comp. pourtant 3^e civ., 19 déc. 2001, *Bull.*, III, n° 158 ; D. 2002, p. 1586, note H. Kenfack ; *RTD civ.* 2002, p. 299, obs. J. Mestre et B. Fages ; puis Com., 6 mars 2007, *Bull.*, IV, n° 78 ; D. 2007, AJ, p. 1077, obs. X. Delpech, qui, *praeter legem*, paraissent vouloir interdire au pollicitant de se prévaloir de cette caducité s'il n'a pas pris le soin de stipuler un délai exprès.

(361) Pour l'admission de cette faculté résiduelle, v. plus spéc. *infra*, n° 159, spéc. note 399.

(362) Sur cette hypothèse, v. B. CÉLICE, *op. cit.* (*supra*, note 340), n°s 419 à 423, pp. 228-229 ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, th. Aix-Marseille III, 1999, PUAM, 1999, n°s 714 à 722, pp. 403-408.

(363) Outre-Rhin, c'est cette réserve, envisagée au § 145 du BGB, qui permet au pollicitant d'échapper à la vigoureuse portée conférée aux offres de contrat par le droit allemand. La doctrine parle alors d'offre *unverbindlich*, ou *freibleibend*, ou encore *ohne obligo*. V. égal. CO suisse, art. 7, § 1.

(364) V. *supra*, n° 149, spéc. note 326.

(365) V. *supra*, n° 151, spéc. *in fine*.

(366) En ce sens, au sujet de l'offre électronique qui ne comporterait pas les liens nécessaires à une acceptation par la même voie, v. J. BEAUCHARD, « L'offre dans le commerce électronique », in *Le contrat électronique – Au cœur du commerce électronique / Le droit de la distribution – Droit commun ou droit spécial ?*, études réunies par J.-C. Hallouin et H. Causse, Journées d'études des 18 mars 2004 et 10 mars 2005, Fac. dr. et sc. soc. Poitiers, LGDJ, 2005, pp. 35-48, spéc. p. 38.

(367) Puisque l'invitation à entrer en pourparlers, quelle que soit sa précision, ne vaut pas invitation à conclure juridiquement un accord de principe (sur cette autre figure, v. *infra*, n°s 345 et 346). V. ainsi Soc., 17 mai 1979, *Bull.*, V, n° 424, qui approuve la cour d'appel d'avoir estimé que les négociations « n'avaient pas dépassé le stade
(suite p. suiv.)

obligation juridique⁽³⁶⁸⁾. Attachée au contraire à une proposition qui n'eût figuré qu'une offre de contrat nul pour indétermination⁽³⁶⁹⁾ ou une sollicitation inexistante pour incomplétude⁽³⁷⁰⁾, la réserve de non-engagement immédiat aura cette fois pour effet positif de conférer un objet suffisant à la volition exprimée.

L'exemple le mieux partagé réside probablement à cet égard dans l'offre de contrat *intuitu personae* faite à personne indéterminée. L'opinion paraît assez répandue en effet qui consiste à voir dans une telle proposition une simple invitation à entrer en pourparlers, considérant que, quelle que soit la précision de son offre, il n'entre certainement pas dans l'intention du sollicitant de contracter avec le premier venu⁽³⁷¹⁾. Il en irait spécialement ainsi de l'offre publique d'emploi : il est bien admis en ce cas que cette pseudo-offre de contrat ne constitue en réalité qu'une invitation à présenter sa candidature⁽³⁷²⁾. L'appréciation éminemment personnelle des qualités requises du cocontractant empêche ce dernier de prétendre forcer la conclusion du contrat par son seul acquiescement, sans avoir permis au proposant de se déterminer en fonction de son propre jugement.

Cette requalification de l'offre en invitation à entrer en pourparlers est assurément acquise lorsque l'*intuitus personae* est partagé par les deux parties au contrat, puisque, en ce cas, il n'est pas plus de raison de considérer que l'acceptant ait voulu s'engager sans rencontrer préalablement son cocontractant qu'on ne l'admet pour l'offrant. Mais si, en revanche, on devait présumer que l'offrant seul avait réservé son engagement à l'appréciation faite par lui de la personne de son cocontractant, n'étant nulle raison pour l'acceptant d'exprimer la même réserve, il ne serait plus possible de rejeter l'éventualité d'un engagement immédiat de ce dernier. De telle sorte que, en cette autre hypothèse, la proposition du premier pourrait ne pas seulement valoir invitation à entrer en pourparlers mais, déjà, appel d'offre⁽³⁷³⁾.

des pourparlers » après avoir relevé que l'offre de représentation théâtrale comprenait une réserve implicite portant sur le budget qui restait à présenter par le metteur en scène acceptant.

(368) V. par ex. Com., 3 juin 2003, n° 00-17008 ; RDC 2004, p. 633, obs. D. Mazeaud.

(369) V. *supra*, n° 149, spéc. note 326.

(370) V. *supra*, n° 151, spéc. *in fine*.

(371) En ce sens, même sous la qualification parfois de « réserve d'agrément » : F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, th. Paris, 1938, nos 83 à 85, pp. 205-210 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans la formation des contrats*, th. Paris II, 1974, n° 45, p. 58 : « La proposition de l'offrant n'est pas suffisamment complète et précise pour constituer une offre. Tout se passe comme si l'offre était assortie d'une réserve d'agrément. » ; B. PETIT, « La formation successive du contrat de crédit », in *Le droit du crédit au consommateur*, dir. I. Fadlallah, Litec, 1982, pp. 95-144, spéc. n° 57, p. 133, puis in *J.-Cl. Civ.*, art. préc. (*supra*, note 75), nos 20 et 23, p. 8 ; P. CHAUVEL, in *Rép. civ.*, Dalloz, v° Consentement, 2007, n° 91, p. 14 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.* (*supra*, note 119), n° 134, p. 105, et n° 135, note 5, *eod. pag.* ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.* (*supra*, note 19), n° 110, p. 123 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.* (*supra*, note 242), n° 468, p. 240 ; A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, préc. (*supra*, note 335), n° 10, p. 37 ; M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.* (*supra*, note 101), n° 104, p. 249.

(372) Il est pourtant arrivé à la Cour de cassation de juger qu'une offre publique d'emploi pouvait valoir offre ferme de contrat : v. ainsi Soc., 10 nov. 1988, pourvoi n° 85-44419.

(373) On peut penser par exemple à l'offre publique de franchise : si la personnalité du franchisé importe au franchiseur, il n'est pas sûr que l'inverse soit aussi vrai ; l'acceptation du candidat pourrait alors s'analyser en une offre véritable, donnée en réponse à l'appel d'offre du franchiseur. Pour la reconnaissance au franchiseur
(suite p. suiv.)

La disqualification en **appel d'offre** de la proposition contractuelle soumise à la condition de réitération du consentement de son auteur n'entraîne cependant pas l'application d'un régime juridique sensiblement différent de celui valant pour l'invitation à entrer en pourparlers. Dans les deux cas en effet, le sollicité disposera toujours de la liberté d'exprimer ou non une offre pour réponse, et le sollicitant de celle de l'accepter. La nuance tient simplement en ce que l'appel d'offre n'oblige pas son auteur à examiner la réponse qui ne constituerait pas une offre assez certaine, précise et ferme pour valoir comme telle. À l'inverse de celui qui invite à négocier, l'auteur d'un appel d'offre ne prétend pas conduire en effet quelque négociation avec ceux qui lui répondront⁽³⁷⁴⁾.

C'est une telle réserve qui permet ainsi à l'assureur de présenter ses conditions à tout intéressé tout en conservant la faculté de former ou non le contrat avec celui qui les aura acceptées⁽³⁷⁵⁾. C'est par le jeu de cette même condition potestative que l'auteur d'une offre publique de bail ou de prêt portant sur un corps certain disposera du choix de son cocontractant⁽³⁷⁶⁾. La jurisprudence paraît même vouloir poser en principe que toute offre à personne indéterminée émise entre commerçants devrait être présumée faite sous réserve de réitération du consentement⁽³⁷⁷⁾. Et c'est encore à ce titre que la personne publique

de cette liberté de choisir ses franchisés, v. CJCE, 28 janv. 1986, aff. 161/84, *Pronuptia, Rec.*, p. 353, § 20 ; Comm. eur., déc. 87/14 du 17 déc. 1986, *JOCE*, 10 janv. 1987, consid. 41.

(374) Ce qui autoriserait celui informant ses coindivisaires, en application de l'article 815-14 du Code civil, de son intention de céder sa quote-part dans l'indivision de renoncer à son projet même après avoir reçu la déclaration de l'indivisaire entendant exercer son droit de préemption : 1^{re} civ., 9 févr. 2011, *Bull.*, I, n° 25 ; *JCP* 2011, 323, n° 10, obs. H. Périnet-Marquet ; *RDC* 2011, p. 921, obs. Ch. Goldie-Genicon.

(375) V. ainsi C. assur., art. L. 112-2, spéc. al. 4 ; et encore art. L. 132-5-1, al. 1^{er}, qui fait courir le délai de rétractation ouvert à la personne physique qui vient de s'assurer sur la vie « à compter du moment où elle est informée que le contrat est conclu », ce qui suppose qu'il le soit par l'assureur. La loi postule en effet que ce dernier ne puisse se prononcer qu'en fonction de la situation déclarée de chaque souscripteur, laquelle lui est encore inconnue à l'instant de sa proposition.

(376) V. par ex. Req., 4 févr. 1935, *Gaz. Pal.* 1935, I, p. 509, pour une offre de bail à ferme ; et à titre plus général CA Lyon, 16 mai 1928, *DP* 1928, II, p. 197. S'agissant en effet de transmettre pour un temps la possession de son bien à autrui, il peut importer au proposant de se déterminer en fonction des gages de soin qu'il recevra des impressions toutes subjectives que lui laisseront ses visiteurs. Il n'est que lorsque ce bien est fongible que cette qualité ne sera plus requise du cocontractant, celui-ci pouvant toujours, aussi peu soigneux fût-il, restituer une chose de même genre. De sorte que l'offre publique de prêt ou de louage d'un corps certain vise bien à la formation d'un contrat *intuitu personae* et ne constitue comme telle qu'un appel d'offre, tandis que l'offre publique de prêt ou de louage d'une chose de genre, alors exempte de tout *intuitus personae*, pourra valoir offre véritable. Sur la qualification de l'offre faite au public comme offre de contrat, v. *supra*, n° 152, spéc. note 335.

(377) V. ainsi Com., 6 mars 1990, *Bull.*, IV, n° 74 (*JCP* 1990, II, 21583, note B. Gross ; *RTD civ.* 1990, p. 463, obs. J. Mestre ; *D.* 1991, SC, p. 317, obs. J.-L. Aubert), qui censure par cet attendu « qu'entre commerçants, une proposition de contracter ne constitue une offre que si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation » — même si, en l'occurrence, cette réserve était expressément stipulée dans les conditions générales du vendeur. Rapp. Com., 31 janv. 1966, *Bull.*, IV, n° 64 (*D.* 1966, p. 337, note M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange), qui estime qu'une offre de vente à crédit figurant sur le tarif publicitaire d'un fournisseur n'engage pas celui-ci à accorder cette facilité de paiement au commerçant qui présenterait à ses yeux un risque d'insolvabilité. Et même désormais pour le crédit accordé au consommateur par un établissement bancaire : C. consom., art. L. 311-13, rédact. L. 2010-737 du 1^{er} juill. 2010 (comp. auparavant, en sens contraire : C. consom., art. L. 311-15, anc., qui disposait *in limine* que « Lorsque l'offre préalable ne comporte aucune clause selon laquelle le prêteur se réserve le droit d'agréer la personne de l'emprunteur, le contrat devient parfait dès l'acceptation de l'offre préalable par l'emprunteur. »).

Une solution plus juste consisterait peut-être à décider que, dès lors que la réserve n'établirait que des critères objectifs, tels qu'ici la solvabilité de l'intéressé, le contrat pourrait fort bien être forcé par l'acceptant,

(suite p. suiv.)

appelant à candidatures pour la réalisation d'un marché public est réputée se réserver la faculté de former le contrat avec le concurrent qu'elle retiendra nonobstant, le cas échéant, l'accord déjà réalisé en fait par l'appel d'offre et sa soumission sur les éléments essentiels du marché. On peut également évoquer la réserve de non-engagement immédiat que devrait nécessairement comporter toute mise en vente d'un bien aux enchères pour valoir appel d'offre⁽³⁷⁸⁾ plutôt qu'offre de contrat nul pour indétermination du prix. Il faudrait enfin discuter ici la solution qui prétend faire du chauffeur de taxi l'auteur d'une offre que le client accepterait en le hélant ou en montant dans son voiture⁽³⁷⁹⁾. Car, factuellement, les choses se passent bien autrement : le client qui pénètre dans le véhicule demande toujours au chauffeur, et parfois même avant d'y pénétrer, si celui-ci peut le conduire à destination, pour la simple raison que cette dernière indication constitue un élément essentiel du contrat de transport. Si bien que cette demande, qui apporte l'élément manquant de la convention, s'analyse juridiquement en une offre⁽³⁸⁰⁾, et répond ainsi à une invitation des conducteurs à les solliciter, laquelle s'analyse elle-même comme un appel d'offre⁽³⁸¹⁾.

Autant d'hypothèses, donc, dans lesquelles l'offre se trouvera disqualifiée par la réserve de réitération qu'y insérera son auteur, et l'effet constitutif de l'acceptation ainsi rendu inopérant. De sorte que le pollicitant qui voudrait permettre à l'acceptant de former le contrat tout en ménageant sa propre volonté évitera de stipuler une réserve de non-engagement : il choisira plutôt d'affecter son offre d'une réserve d'agrément.

même commerçant, qui les remplirait tous. De sorte qu'une telle offre publique vaudrait pleinement pollicitation, à personnes objectivement déterminées (sur cette qualification, v. *infra*, n° 254, *in fine*). V. ainsi Com., 29 juin 1993, *Bull.*, IV, n° 271, au sujet d'une offre de contrat de distribution sélective adressée par circulaire à un réseau de détaillants.

(378) Selon l'analyse communément retenue. V. par ex. A. VIALARD, « L'offre publique de contrat », *RTD civ.* 1971, pp. 750-791, spéc. n° 41, pp. 783-784. Et à l'étranger, v. not. *BGB*, § 156, pour l'Allemagne, et la solution de *common law* consacrée *in Sale of goods Act*, 1979, sect. 57, § 2, pour le Royaume-Uni, et *in Restatement Second on contracts*, § 28, pour les États-Unis.

Encore cette solution ne s'impose-t-elle pas avec la force de l'évidence : il serait parfaitement concevable, et peut-être même plus vraisemblable, de faire de la mise en vente une offre publique adressée au meilleur enchérisseur et de voir dans la dernière enchère l'acceptation formant le contrat. En ce sens, v. par ex. G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.* (*supra*, note 177), n° 324, p. 131. Le commissaire-priseur constaterait ainsi l'accord, non pas en exprimant l'acceptation de son mandant, mais en faisant de l'enchère en cours la dernière qui fût. Cette autre analyse serait d'autant plus réaliste que rien ne permet au commissaire de ne pas adjuger la vente au dernier enchérisseur, dès lors que celui-ci dépasse le prix de réserve éventuel, et que l'on ne voit donc pas dans ces conditions où viendrait se loger la liberté contractuelle de l'acceptant. Comp. *UCC*, § 2-328 (2), puis *Restatement Second on contracts*, § 28, qui distinguent selon que le bien a été introduit avec ou sans prix de réserve pour voir dans le premier cas un simple appel d'offres et reconnaître dans le second une offre véritable – et irrévocable – du vendeur.

(379) 1^{re} civ., 2 déc. 1969, *Bull.*, I, n° 381 ; *D.* 1970, p. 104, note G. C.-M. ; *Gaz. Pal.* 1970, I, p. 162 ; *RTD civ.* 1970, p. 589, obs. G. Cornu.

(380) Pour l'assimilation juridique de la demande à l'offre, v. *supra*, n° 119, spéc. note 77. Pour voir un pollicitant dans le piéton qui hèle le taxi, v. par ex. Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. III, *Les obligations – Le contrat*, 1^{re} part., *Conditions de formation*, 6^e éd., Economica, 2007, n° 244, p. 221.

(381) Peu important que ceux-ci soient statutairement tenus d'accepter, en l'absence de motif légitime, la demande de leurs clients : il en va ainsi pour nombre de professions réglementées sans que cela remette en cause l'existence de l'acceptation de ces professionnels. V. sur ce point, *infra*, n° 183, spéc. note 542.

2. La réserve d'agrément

158. Nature – Le terme d'*agrément*, pour usité qu'il soit en la matière, est aussi trop générique pour désigner strictement son objet⁽³⁸²⁾. Car réserver son agrément ne consiste à rien d'autre que se ménager la faculté d'agréer quelque chose ou quelqu'un, c'est-à-dire de le déclarer à son gré, à sa convenance. Une précision décisive s'en évince cependant : c'est que l'agrément ne vise jamais qu'un objet qui lui préexiste et qui ne dépend donc pas, pour sa part, de la seule volonté de l'agréeur.

Lorsqu'elle est exprimée par le pollicitant et pour son propre compte⁽³⁸³⁾, la réserve d'agrément peut ainsi porter sur le contrat à venir⁽³⁸⁴⁾, qu'il s'agira de conforter une fois formé, mais pas d'emblée sur l'offre elle-même, sous peine de priver celle-ci de son existence et l'agrément de son objet⁽³⁸⁵⁾. En ce dernier cas en effet, le pseudo-agrément constituerait en réalité une *confirmation* du consentement contractuel : la première déclaration ne vaudrait que sous réserve d'une seconde, de sorte que seule cette dernière pourrait valoir offre ferme⁽³⁸⁶⁾. Il ne s'agirait plus de doubler sa volition initiale d'une approbation du produit contractuel qui en a résulté mais de manifester à nouveau une volonté portant sur un objet toujours en devenir⁽³⁸⁷⁾. Si l'offre ainsi réservée doit être

(382) Plus vague, il n'est guère que l'*approbation* : l'agrément est une approbation qui emporte un effet positif sur son objet. Lorsque cet effet consiste à permettre un acte autrement interdit, il s'agit d'une *autorisation*, laquelle devient *habilitation* quand elle confère une compétence générale à l'exercice d'une activité. L'agrément d'un acte par celui pour le compte duquel il a été conclu constitue une *ratification*, tandis que l'agrément de la proposition dont on se trouve destinataire n'est rien d'autre qu'une *acceptation*. Lorsque l'agrément vise la chose objet d'une vente pour en conditionner la formation, on parle d'*agréage* ; lorsqu'il se donne sur cette même chose après délivrance, il devient *agrégation*, laquelle est censée valoir renonciation de l'acheteur à se prévaloir d'un défaut de conformité.

(383) L'agrément donné par un tiers au contrat ne conditionne pas son existence mais tout au plus sa validité.

(384) Ou, ce qui revient au même, sur le contractant qui aura répondu à une offre à personne indéterminée. Pour l'intérêt de la distinction cependant, v. *infra*, n° 159, spéc. note 397.

(385) Raison pour laquelle déclarer vouloir contracter sous condition est équivoque, car cette seule expression ne permet pas de déterminer si la condition doit affecter la volonté même de contracter ou son résultat qui est le contrat.

(386) La figure s'exprime ainsi : « *je vous propose de conclure ce contrat sous réserve de confirmation ultérieure* ». Autrement dit, pour l'heure, je ne vous offre fermement rien. L'analyse justifie l'opinion doctrinale d'après laquelle cette « réserve d'agrément », comprise comme *réserve de confirmation*, disqualifie nécessairement l'offre de contrat. V. not. en ce sens J. CHABAS, *op. cit.* (*supra*, note 39), pp. 29-30 ; D. LEFORT, *La rétractation des actes juridiques en droit privé français*, th. Paris II, 1980, n° 82, pp. 52-53 ; G. TAORMINA, *Contribution à l'étude de l'apparence et de l'inexistence en matière contractuelle*, th. Paris XII, 1991, n° 191, pp. 260-261 ; A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix-Marseille, PUAM, 1992, n°s 84 et 85, pp. 69-70 ; J. GHESTIN, *op. cit.* (*supra*, note 62), n° 295, pp. 263-265 ; P. CHAUVEL, art. préc. (*supra*, note 371), n° 90, p. 14 ; A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, préc. (*supra*, note 335), n° 10, p. 37 ; J. MESTRE, « La période précontractuelle et la formation du contrat », *PA* 5 mai 2000, *Le contrat : questions d'actualité*, colloque 1^{er} févr. 2000, pp. 7-13, spéc. pp. 10-11 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.* (*supra*, note 119), n° 135, p. 105 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.* (*supra*, note 19), n° 110, p. 123. En détail, v. B. GROSS, « La formation des ventes commerciales sujettes à confirmation », in *Aspects actuels du droit commercial français – Études dédiées à René Roblot*, LGDJ, 1984, pp. 433-446, pour qui « la réserve de confirmation provoque un renversement des rôles » (n° 1, p. 433), et qui en trouve la cause dans le manque de fermeté de l'offre (n° 4, p. 435).

(387) Ce en quoi, *proprio sensu*, l'agrément se distingue à la fois de la *réitération* et de la *confirmation* du consentement. La réitération consiste à manifester une nouvelle volonté conforme à une première parfaitement exprimée : elle est comme toute volition autonome et n'a en tant que telle aucune vocation à rétroagir ; la confirmation porte pour sa part sur un consentement imparfaitement donné qu'elle vient rétroactivement entériner. Or, se donnant un autre objet que le consentement initial, l'agrément ne constitue

(suite p. suiv.)

disqualifiée, ce n'est donc pas du fait d'un quelconque agrément, mais de celui d'une véritable réserve de non-engagement immédiat⁽³⁸⁸⁾.

Il en va différemment de la réserve d'agrément, seule véritable, qui porterait non plus sur l'offre elle-même mais sur le contrat à conclure par l'acceptant. Une telle réserve n'affectera en rien alors la pollicitation, l'efficacité de cette dernière étant précisément une condition de l'existence du contrat à agréer : elle fera simplement de la proposition une offre de contrat conditionnel⁽³⁸⁹⁾. Si la question de la portée d'une telle réserve sur la convention se pose encore, ce ne sera plus que pour cette raison bien distincte que la formation du contrat serait alors subordonnée à une condition potestative. Or, dès lors que l'on veut bien admettre qu'une telle condition n'anéantit pas nécessairement la convention qu'elle affecte⁽³⁹⁰⁾, il ne sera plus aucune raison de trouver dans cette réserve d'agrément une cause propre d'inexistence du contrat⁽³⁹¹⁾.

Le tout s'exprime donc ainsi : lorsque l'offre est sujette à confirmation, il y a réserve de non-engagement immédiat entraînant disqualification de la pollicitation et impossibilité de former un contrat ; lorsque la réserve d'agrément porte sur le contrat à venir, sur la chose qui en constitue l'objet, ou sur la personne du cocontractant, l'accord est conclu sous condition suspensive purement potestative⁽³⁹²⁾.

Cette distinction entre réserve de confirmation et réserve d'agrément *stricto sensu* s'illustre notamment aux articles 1587 et 1588 du Code civil. En disposant que « *La vente à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive* », le second fait clairement de l'essai une réserve d'agrément⁽³⁹³⁾, et consacre pour solution le fait qu'une condition

ni l'une ni l'autre. Peu importe à cet égard que le contenu du contrat à agréer soit le même que celui de l'offre : ce n'est pas celle-ci que le pollicitant agrée. Et si son intention avait plutôt été de la *confirmer*, il n'aurait fait qu'émettre pour la première fois une offre restée jusqu'alors inexistante pour manque de fermeté.

(388) Rappr. *supra*, n° 157.

(389) En ce sens, v. par ex. L. AYNÈS, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, th. Paris II, 1981, Economica, 1984, n° 384, p. 257 : « *l'agrément du cessionnaire par le cédé apparaît comme une condition suspensive de la cession de contrat.* »

(390) Sur quoi, v. *infra*, n° 289 et s.

(391) V. ainsi C. consom., art. L. 311-13 (rédict. L. 2010-737 du 1^{er} juill. 2010, et L. 311-16 anc.), qui reconnaît bien un effet au contrat de crédit à la consommation, réputé comporter une réserve d'agrément de l'emprunteur par le prêteur, sa perfection y étant subordonnée comme l'est un contrat conditionnel à la réalisation de sa condition suspensive. Rappr. égal. Com., 22 janv. 1958, *Bull.*, III, n° 43, qui permet à l'acquéreur de reprendre son acceptation au motif que le vendeur, qui s'était réservé le pouvoir d'agréer la vente, n'avait encore rien décidé après plus de deux mois : une rétractation plus précoce n'aurait pas laissé au pollicitant un temps suffisant pour se prononcer et eût été comme telle inefficace. Quant à la décision rendue le 9 décembre 1980 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation (*Bull.*, IV, n° 421 ; D. 1981, SC 441, obs. B. Audit ; *RTD com.* 1981, p. 830, obs. J. Hémar), généralement citée au soutien de l'idée selon laquelle la réserve d'agrément interdirait toute formation du contrat comme constituant une condition purement potestative, elle n'a plus précisément consisté qu'à rappeler que la nullité prévue à l'article 1174 du Code civil affecte, non pas la seule stipulation de la condition, mais l'ensemble des obligations qui lui sont soumises, sans répondre à la question – qui n'a pas été posée – de savoir si l'agrément devait s'analyser comme telle et si, le cas échéant, la nullité était bien requise.

(392) La réserve d'agrément ne disqualifie donc pas le contrat conditionnel en promesse unilatérale : l'agrément réalise la condition suspensive d'un contrat unique sur lequel il rétroagit, alors que la levée d'option du bénéficiaire d'une promesse manifeste le consentement constitutif d'un nouveau contrat, comme tel non rétroactif.

(393) Agrément spécifique cependant, qui a pour particularité de pouvoir se donner en silence. Car, l'essai se
(suite p. suiv.)

pourtant potestative ne remet pas forcément en cause l'existence de la vente ainsi conditionnée. En énonçant qu'« *il n'y a point vente tant que l'acheteur* » n'a pas agréé la chose à vendre, l'article 1587 présume de son côté que l'agrément dans la vente doit s'entendre d'une réserve de confirmation valant non-engagement immédiat⁽³⁹⁴⁾. D'où il s'infère que l'agrément du Code ne constitue pas un agrément véritable...

159. Régime – La réserve d'agrément véritable s'analysant en une condition suspensive – même potestative – du contrat qui la contient, on en déduira les conséquences qui s'attachent à la conclusion d'un contrat conditionnel. L'acceptation formera donc le contrat, même sous condition, et l'acceptant sera définitivement lié par sa déclaration : sa rétractation éventuelle demeurerait sans effet⁽³⁹⁵⁾, impuissante en particulier à empêcher l'agrément à venir.

Quant à cet agrément, comme tout droit potestatif, il demeure exempt de toute obligation de motivation, mais se soumettra à un contrôle de l'abus dans son exercice sur les motifs qui lui seraient néanmoins découverts⁽³⁹⁶⁾. Cet abus pourra d'ailleurs s'apprécier différemment selon que l'agrément portait sur le contrat ou sur la personne du cocontractant, le motif valable pour l'un pouvant apparaître illégitime appliqué à l'autre⁽³⁹⁷⁾. Accordé ou refusé, l'agrément rétroagira alors sur le contrat dont il conditionne la

déroulant en situation contractuelle, la simple poursuite, même passive, du contrat suffira à faire présumer l'agrément. Sur cette présomption, v. *infra*, n° 179, *in medio*, spéc. note 498. Comp. C. consom., art. L. 311-13, où l'agrément n'a rien d'un essai : « *L'agrément de la personne de l'emprunteur est réputé refusé si, à l'expiration de ce délai [de sept jours], la décision d'accorder le crédit n'a pas été portée à la connaissance de l'intéressé.* »

(394) Concrètement, celui qui se propose d'acheter une chose qu'il est d'usage d'agréer est donc censé dire « *je vous l'achèterai dès que je l'aurai agréé et pour autant que je l'agréé* », tandis que l'acheteur à l'essai déclarerait différemment « *je vous l'achète dès à présent sous condition de mon agrément ultérieur* ».

(395) Tant du moins qu'elle parviendra après l'acceptation elle-même. Sur quoi, v. *infra*, n°s 218 et 219.

(396) Le refus d'agrément serait notablement abusif s'il était fondé sur l'un des motifs discriminatoires visés aux articles 225-1 et suivants du Code pénal. Sa sanction spécifique devrait alors pouvoir tenir dans l'inefficacité de ce refus et la perfection consécutive du contrat conditionné à l'agrément. Il est en effet au moins deux raisons pour l'admettre. La première est que l'analyse conditionnelle de l'agrément conduit à en déduire que cette condition devrait être réputée accomplie dès lors que le titulaire en aura empêché la réalisation (C. civ., art. 1178), ce qui serait bien le cas de celui qui aurait manifesté son refus pour de mauvaises raisons. La seconde tient plus substantiellement en ce que le droit d'agrément apparaît très généralement comme un droit fonctionnel, dont l'usage hors de la fin pour laquelle il a été conféré devrait s'analyser comme un dépassement, et donc une pure voie de fait, plus encore qu'un abus dans son exercice, de telle sorte que ce détournement ne pourrait ainsi produire aucun des effets attachés à l'exercice du droit. Or, l'effet du refus écarté, il restera toujours le consentement que le pollicitant avait originairement donné au contrat, soumis seulement à une condition dont il aura provoqué la défaillance... V. ainsi, à propos de l'agrément retenu par le fournisseur pour l'intégration d'un détaillant à son réseau de distribution sélective : Com., 21 oct. 1997, *Bull.*, IV, n° 271 ; *RJDA* 1997, n° 1480, p. 995, note P. Leclercq ; *D. Aff.* 1998, p. 74, note E. P., qui casse l'arrêt ayant rejeté la demande d'admission dans le réseau du candidat injustement évincé. Comp. lorsque l'abus s'exprime non dans un agrément mais dans le consentement constitutif lui-même : *infra*, n° 212, spéc. note 692, pour le refus abusif du destinataire de l'offre, et n° 249, *in medio*, pour la révocation abusive de l'offre.

(397) On comprend bien en effet que refuser l'agrément du cocontractant pour des motifs en réalité tout à fait étrangers à celui-ci puisse être jugé abusif comme constituant un détournement du droit initialement accordé. Rapp. Soc., 20 nov. 2007, *Bull.*, V, n° 194 (*Rapp.*, p. 339 ; *D.* 2008, p. 196, note J. Mouly), qui juge abusive « *la résiliation du contrat de travail [...] intervenue au cours de la période d'essai pour un motif non inhérent à la personne du salarié* ». Il reste donc un intérêt à distinguer l'agrément qui porte sur le contrat en général de celui qui vise le cocontractant en particulier.

formation, l'entérinant dans le premier cas, l'anéantissant par caducité dans le second. S'il a été convenu que la décision devait être connue dans un certain délai, son expiration vaudra encore défaillance de la condition suspensive et entraînera pour cette même raison la caducité du contrat. L'agrément tardif équivaldrait alors à une nouvelle offre de l'agrééur⁽³⁹⁸⁾. Si, au contraire, aucun délai n'avait été fixé par le réservataire, l'acceptant devrait pouvoir, passé un délai raisonnable, résoudre la convention après vaine mise en demeure de se prononcer adressée à son cocontractant, en application du principe général de prohibition des engagements perpétuels⁽³⁹⁹⁾.

Par où il se démontre que la réserve d'agrément, qui ne conditionne que le contrat, ne constitue pas une cause d'inexistence de la pollicitation qui la contient. Seule la réserve de non-engagement, absolu ou immédiat, a pour effet de disqualifier une offre de contrat alors dépourvue de sa fermeté constitutive.

160. Conclusion – Les hypothèses sont ainsi nombreuses où aucune offre de contrat ne sera parvenue à existence. La pollicitation aura d'abord pu ne jamais s'extraire du silence, ou ne paraître qu'en l'absence de toute intention de son auteur ; ne s'être manifestée ensuite que sous une forme qui ne permettait pas d'en saisir le sens, laissant pour incertaine l'existence de toute volonté ou, du moins, d'une volonté de contracter ; n'avoir exprimé encore qu'une proposition incomplète, ne comportant pas les éléments déclarés par son auteur pour valoir comme telle ; et, ces écueils passés, échouer finalement du jeu d'une réserve qui ne s'y sera insérée que pour la suspendre.

Achoppant à l'un quelconque de ces obstacles, l'offre manquera donc à paraître, et l'acceptation qui voudrait lui être donnée resterait par conséquent impuissante à former le moindre contrat. Du reste, ce même néant menacerait tout autant si, plutôt qu'inexistante, l'offre devait s'avérer inefficace.

(398) En ce sens, v. encore C. consom., art. L. 311-13, rédact. L. 2010-737 du 1^{er} juill. 2010 (et art. L. 311-16, anc., *in fine*).

(399) Ce délai raisonnable étant nécessairement plus bref que le délai passé lequel la condition serait réputée défaillie en vertu de l'article 1176 du Code civil. Car, cette condition consistant en l'occurrence dans la simple manifestation d'un agrément, aucun délai ne suffirait à en empêcher la réalisation ; de sorte que l'on ne peut plus s'en tenir ici à une stricte application de l'article 1176 sans risquer d'affecter le contrat du vice de perpétuité, lequel est constitutionnellement condamné (C. const., déc. n° 99-419 DC du 9 nov. 1999, consid. 61). Raison pour laquelle la Cour de cassation reconnaît un droit de résiliation unilatérale au promettant soumis à la faculté d'option du bénéficiaire (*e.g.* Civ., 4 avril 1949, *D.* 1949, p. 316 ; *S.* 1949, I, p. 200 ; *RTD civ.* 1949, p. 423, obs. J. Carbonnier ; 3^e civ., 24 avril 1970, *Bull.*, III, n° 279 ; *RTD civ.* 1971, p. 133, obs. Y. Loussouarn), alors qu'elle le refuse au débiteur engagé sous une condition suspensive ne dépendant pas entièrement de son cocontractant (*e.g.* 1^{re} civ., 4 juin 1991, *Bull.*, I, n° 180 ; *D.* 1992, p. 170, note M.-O. Gain, et *SC*, p. 268, obs. E. Fortis ; *RTD civ.* 1991, p. 738, obs. J. Mestre ; *Defrénois* 1992, p. 322, obs. J.-L. Aubert ; *Com.*, 6 mai 2003, pourvoi n° 00-18915 ; *PA* 8 déc. 2003, n° 244, p. 13, obs. F. Viaud). Comp. lorsque la condition consiste en l'exécution d'une prestation : le délai dans lequel celle-ci est attendue suffit généralement alors à en assurer le caractère raisonnable sur l'un et l'autre plan (v. *supra*, n° 156, *in fine*).

SOUS-SECTION II

L'OFFRE INEFFICACE

161. Un acte réceptice – L'offre, comme tout acte juridique⁽⁴⁰⁰⁾, existe dès son émission⁽⁴⁰¹⁾ ; mais son objet étant de mettre son destinataire en mesure de former un contrat, son effet s'en trouve nécessairement retardé à sa réception⁽⁴⁰²⁾. Ce en quoi elle est très exactement un acte juridique réceptice⁽⁴⁰³⁾. Elle l'est même doublement, selon que l'on considère son *effet propre* et immédiat, qui est de conférer cette faculté au correspondant, ou son *effet final* et éventuel, qui est de composer un engagement contractuel. Car chacun des ces deux effets, attributif et constitutif, nécessite une forme de réception pour s'accomplir.

Son effet propre ne peut se produire que si l'acceptation a fait l'objet d'une *réception matérielle*⁽⁴⁰⁴⁾. Ce n'est à l'évidence que lorsque l'intéressé prendra connaissance de l'existence de l'offre qu'il disposera de la possibilité de l'accepter. Il en résulte en particulier que le délai de validité de l'offre stipulée par son auteur sera censée courir du jour de cette réception matérielle plutôt que du jour de son émission⁽⁴⁰⁵⁾.

Son effet final, qui est de tendre à la formation d'un contrat, suppose quant à lui pour se réaliser que le destinataire manifeste son acceptation, laquelle opère alors comme *réception juridique* de l'offre⁽⁴⁰⁶⁾. On ne peut concevoir en effet qu'un simple acquiescement suffise à

(400) Sur cette qualification, v. *supra*, n° 121.

(401) Sur le caractère constitutif de l'émission, v. *supra*, n° 117.

(402) Événement qui opère donc comme terme suspensif.

(403) La théorie de l'acte réceptice est allemande (*empfangsbedürftig Willenserklärung*), élaborée par E. ZITELMANN, *Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Berlin, t. I, 1889, p. 23, elle a trouvé à s'exprimer dans le BGB, § 130 (1). Selon cette théorie, doit être tenu pour réceptice tout acte dont l'effet suppose la prise de connaissance du destinataire, ce qui vise en particulier les actes de délivrance d'information, avis et notifications de toutes espèces : mise en demeure, commandement et sommation, assignation et citation, signification, lettre de licenciement, congé, etc. Sur la question, v. not. M. DURMA, *op. cit.* (*supra*, note 52), n°s 217 et 218, pp. 234-236. Pour retarder l'effet de toute notification à sa réception, v. ainsi Principes Unidroit, art. 1.10 (2), et PDEC, art. 1:303 (2).

Pour la qualification de l'offre comme acte réceptice : R. DEMOGUE, *op. cit.* (*supra*, note 101), n° 540 *bis*, et pp. 133-134 ; M. DURMA, *op. cit.*, n° 90, pp. 113-114 : « les offres sont toujours dirigées vers un destinataire quelconque [...] Elles n'ont aucune efficacité, avant l'accomplissement de leur notification ; elles sont, en un mot, toujours réceptices. » ; A. SALAMA MOHAMED, *op. cit.* (*supra*, note 97), n° 388, p. 401 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil – Les obligations*, 2^e éd., t. I, *Les sources*, Sirey, 1988, n° 361, pp. 373-374 ; P. RÉMY-CORLAY, *loc. cit.* (*supra*, note 101) : « ce pouvoir dévolu au destinataire n'est effectif qu'à partir du moment où il a été reçu – et en cela, il constitue un acte réceptice : son efficacité dépend de sa réception » ; E. MONTERO, « Éléments pour une théorie de la déclaration de volonté transmise à distance », in *Liber amicorum Michel Coipel*, Kluwer, 2004, pp. 347-370, spéc. p. 352.

(404) Étant entendu que l'on vise par là la prise de connaissance effective de l'offre par son destinataire, et non pas simplement la prise de possession préalable de son support, même si celle-ci doit faire présumer celle-là. Pour soumettre l'efficacité de l'offre à sa connaissance par son destinataire, v. ainsi CVIM, art. 15, § 1 ; Principes Unidroit, art. 2.1.3 (1).

(405) Sur quoi, v. *infra*, n° 238.

(406) De la même façon que le droit des contrats spéciaux distingue la réception matérielle du bien délivré, ou simple prise de possession par le *récepteur*, de sa réception juridique, laquelle ne résulte plus d'un pur fait mais d'un acte volontaire du *réceptionnaire* valant acceptation du bien en l'état et renonciation consécutive à exercer ses voies de recours. L'une et l'autre, en effet, ne sont pas nécessairement concomitantes. Sur cette distinction, v. par ex. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Defrénois, 2009, n°s 770 et 771, pp. 445-446 ; A. BÉNABENT, *Droit civil – Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 8^e éd., (suite p. suiv.)

conclure un accord que si l'on admet que cette acceptation porte en elle, non pas seulement l'adhésion, mais encore la proposition à laquelle elle adhère. C'est du fait de cette autre réception qu'il résulte ainsi que la proposition acceptée transmettra ses vices à l'acceptation et, par là, au contrat : l'acceptation d'une offre viciée dans son objet ou dans sa cause formera un engagement contractuel qui, tout entier déterminé par cette offre, souffrira de la même imperfection. Plus encore, la validité de l'acceptation elle-même dépendra de la perfection de son adhésion à l'offre : que sa réception n'y soit pas parfaitement conforme, et la volition de l'acceptant s'en trouvera privée de tout effet⁽⁴⁰⁷⁾. Et c'est toujours pour cette même raison que l'on reconnaîtra à l'acceptant, comme autant d'éléments d'évidence, la faculté de se prévaloir du bénéfice de l'apparence pour soumettre à sa croyance légitime la volition du pollicitant : c'est bien en effet parce que la portée de l'offre dépend de la réception qu'en fera son destinataire que l'acceptant, et lui seul, peut imposer son intention à son cocontractant⁽⁴⁰⁸⁾.

En somme donc, si l'offre existe dès son émission, elle ne déploie son effet, propre ou final, qu'au jour de sa réception, matérielle ou juridique.

162. Un acte sans effet – Le caractère essentiellement réceptice de l'offre impose de bien distinguer ses causes propres d'inefficacité de celles qui affecteront le contrat une fois formé. Car les vices qui s'attachent à la seule matière de l'offre, comme il en irait notamment d'un objet ou d'une cause impossible ou illicite, ne l'empêcheront pas d'exister et, une fois acceptée, de transmettre ces malfaçons au contrat : celui-là seul sera alors privé d'effets⁽⁴⁰⁹⁾. Pour que la nullité sanctionne la pollicitation plutôt que le contrat, sa cause devra résider dans le principe même de la volition : une offre aura bien été émise, et existera donc, mais, quelles que furent ses conditions, le droit ne lui reconnaîtra d'emblée aucun effet, en sorte que son destinataire ne pourra à son tour exprimer aucune acceptation efficace. En cette autre hypothèse, le contrat resterait ainsi parfaitement inexistant. On trouvera à le constater que l'offre ait été émise en nom propre (§ 1) ou au nom d'autrui (§ 2).

Montchrestien, 2008, n° 822, p. 386 ; A. OTTENHOF, *La réception dans les relations contractuelles*, th. Toulouse I, 2002, qui distingue en ce sens « *réception passive* » et « *réception active* ».

(407) V. *infra*, n° 222 et s.

(408) Sur le jeu de la théorie de l'apparence dans la formation du contrat, v. plus spéc. *infra*, n° 229 et s.

(409) D'où cette qualité remarquable que l'offre échappe aux conditions de validité du contrat tandis qu'elle partage ses conditions d'existence. Sur cet autre rapport, v. *supra*, n° 156, spéc. note 356, au sujet de la condition suspensive.

§ 1 – L'offre en son nom propre : la restriction du droit de proposition

163. Hypothèse – Il pourra arriver que le pollicitant soit soumis à une restriction de son droit de proposition et par là empêché, dans la limite de cette restriction, de contracter en son propre nom (A). En une telle circonstance, l'offre émise en méconnaissance de cet empêchement resterait inefficace (B).

A - LE POLLICITANT EMPÊCHÉ DE CONTRACTER EN SON PROPRE NOM

164. Un empêchement exceptionnel – Il résulte de la liberté contractuelle que chacun peut valablement contracter en son nom propre et émettre une offre à cette fin. La loi elle-même ne paraît guère opposer d'exception à ce principe : lorsqu'il est fait interdiction aux personnes protégées de conclure certains contrats, il leur est seulement réservé une voie d'annulation ou de réduction, sans priver d'emblée le contrat de son existence ni de son effet ; et lorsque l'interdiction dépasse le cadre d'une mesure de protection, elle tend à affecter la validité du contrat plutôt que du seul consentement⁽⁴¹⁰⁾, ainsi qu'on l'observe pour les incapacités de jouissance⁽⁴¹¹⁾.

On s'est toutefois demandé, à la lecture de certaines dispositions, si celles-ci, en ne visant pour acceptant que l'une des parties nommément désignée, n'avaient pas pour effet d'empêcher de fait cette même partie d'émettre une offre de contrat. Lorsque la loi prévoit ainsi que l'acceptation de la donation émane du donataire (C. civ., art. 894 et 932), ou celle du contrat de fiducie du bénéficiaire (art. 2028), ne tend-elle pas, *volens nolens*, à priver l'offre qui émanerait de ces derniers de tout effet⁽⁴¹²⁾ ? À l'admettre, il faudrait alors en conclure que la proposition du bénéficiaire, nulle comme pollicitation, ne pourrait jamais valoir que comme invitation à formuler une offre, l'obligeant à réitérer son consentement une fois celle-ci obtenue. En certaines matières au moins, cette solution ne heurterait pas les esprits : il est rarement envisagé que le consommateur puisse être l'auteur d'une proposition faite au professionnel, et lorsque le législateur régleme l'offre de contrat,

(410) On notera ainsi pour exemple que si la Cour de cassation sanctionne de nullité l'offre de vente adressée par le propriétaire à son locataire en méconnaissance des conditions prévues par l'accord collectif de location du 9 juin 1998, tel qu'entériné par le décret n° 99-628 du 22 juillet 1999 (3^e civ., 20 févr. 2008, *Bull.*, III, n° 30), c'est aussi pour appliquer la même sanction à la vente qui serait conclue avec un tiers acquéreur sur une telle offre (3^e civ., 23 juin 2010, *Bull.*, III, n° 128), de sorte qu'il semble bien que ces conditions de validité affectent le contrat lui-même et non pas seulement l'offre qui le précède.

(411) Quant aux autres causes, déjà rencontrées, de nullité de l'offre, elles se fondaient, non sur l'objet de la volonté, mais sur une déficience avérée de la personne de l'auteur : v. *supra*, n°s 30 et 31, à propos de l'offre émise pour un enfant non conçu ou pour une personne morale non organisée, et n°s 94 et 106, au sujet de la volonté manifestée par un enfant en bas âge ou par une personne aliénée.

(412) En ce sens, v. G. ROUHETTE, art. préc. (*supra*, note 100), n° 14, pp. 259-260 ; J. GHESTIN, *op. cit.* (*supra*, note 62), n° 300, p. 268 ; B. PETIT, *in J.-Cl. Civ.*, art. préc. (*supra*, note 75), n° 25, p. 9 ; P. CHAUVEL, art. préc. (*supra*, note 371), n° 117, p. 17.

c'est toujours celle exprimée par le professionnel qui est visée⁽⁴¹³⁾, en sorte que l'on en déduirait volontiers que la pollicitation émanée du consommateur dût être requalifiée en simple proposition, sollicitant toujours l'offre ferme du contractant de métier⁽⁴¹⁴⁾. Mais cette interprétation ne saurait partout prospérer : découvrir une cause de nullité du consentement dans un texte qui ne la fulmine pas expressément, loin s'en faut, suppose de pouvoir s'appuyer sur des motifs suffisamment sérieux pour justifier une telle atteinte à la liberté contractuelle. Que la loi ne prévoie pas l'hypothèse de ce consentement n'impose pas de l'invalidier pour autant : même un consommateur pourrait vouloir négocier et adresser à cette fin une contre-proposition valant offre au professionnel, dût-il bénéficier à ce titre de la protection que le Code de la consommation lui réserve chaque fois que son cocontractant ne satisfait pas pleinement à son obligation d'information⁽⁴¹⁵⁾. Du reste, le Code civil, traitant du mandat, dispose par un énoncé apparemment exclusif que « *Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire* » (art. 1984, al. 2), et nul n'en a jamais déduit pour autant que le mandataire ne pourrait pas être l'auteur de l'offre⁽⁴¹⁶⁾, en particulier lorsqu'il est un professionnel. Rien n'interdit en somme de considérer que, en évoquant la situation la plus banale, le législateur n'ait nullement entendu exclure qu'elle puisse se présenter autrement, de la même manière que l'article 1108 du Code civil, qui ne requiert que « *le consentement de la partie qui s'oblige* », n'a jamais eu pour objet de rendre celui du créancier superflu, le sien étant simplement moins difficile à obtenir.

En toute hypothèse, même ces quelques cas établis, l'invalidation de l'offre par la loi resterait tout à fait exceptionnelle. Le plus souvent, cette nullité trouvera bien plutôt sa source dans la volonté même des parties, qui auront sciemment borné le pouvoir de proposition de l'une d'entre elles. Il pourra s'agir en premier lieu de la volonté du sollicitant qui, appelant son correspondant à lui faire une offre, en définirait déjà le cadre ; mais cela viserait tout aussi bien le pollicitant qui aurait préalablement consenti, par un avant-contrat, à renoncer partiellement à cette liberté.

(413) V. not. pour l'offre de vente à distance (C. consom., art. L. 121-18, rédact. ord. 2001-741 du 23 août 2001), ou l'offre de crédit au consommateur (C. consom., art. L. 311-8 et s., et art. L. 312-7 et s., issus des lois n°s 78-22 du 10 janv. 1978 et 79-596 du 19 juill. 1979).

(414) V. sur ce point G. ROUHETTE, *op. cit.* (*supra*, note 412) ; L. GAREIL-SUTTER, in J.-Cl. *Contrats – Distribution*, fasc. 20, « Période précontractuelle – Contenu », 2005, n° 181, p. 27. V. égal. Ph. DELEBECQUE, « La formation de la vente entre professionnel et consommateur », in *La vente éclatée – La diversité des régimes juridiques dans les ventes de marchandises*, dir. M. Pédamon, colloque Deauville, 7 et 8 juin 1997, *RJC*, nov. 1997, n° spéc., pp. 21-31, n° 7, p. 24, qui défend en outre l'idée que toute clause conférant la qualité d'offrant au consommateur devrait être réputée abusive.

(415) Rapp. G. ROUHETTE, art. préc. (*supra*, note 100), n° 16, p. 261, qui estime à cet égard que « *L'essentiel est donc moins la qualification des actes de volonté que la réglementation dans laquelle on les enserme* ».

(416) Tous les autres auteurs se rangent à une lecture moins littérale : v. par ex. R.-Th. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, t. XVI, *Du mandat*, Ch. Hingray, 1846, n° 112, p. 110 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil*, dir. G. Baudry-Lacantinerie, 3^e éd., L. Larose et L. Tenin, t. XXIV, *Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction*, 1907, n° 499, p. 265.

165. La restriction par le sollicitant – L'auteur d'un appel d'offre est naturellement conduit à indiquer aux intéressés la teneur de la proposition attendue. La soumission qui ne répondrait pas à l'une de ces conditions, dès lors, resterait nulle *ratione materiae*⁽⁴¹⁷⁾. Il en irait autant de la proposition adressée hors du délai stipulée dans l'appel d'offre : retournée trop tôt ou trop tard, l'offre serait aussi inefficace, *ratione temporis* cette fois⁽⁴¹⁸⁾. De même, et c'est toujours l'évidence, celui qui n'a pas été approché par le sollicitant ou qui ne répond pas aux critères sélectifs mentionnés dans l'appel d'offre ne dispose pas du droit d'y soumissionner, de sorte que, *ratione personae* cette fois, sa pollicitation resterait encore dépourvue de tout effet⁽⁴¹⁹⁾.

166. La renonciation par le pollicitant – La restriction au droit de proposition peut également résulter d'une renonciation consentie par l'intéressé lui-même. Dès lors en effet que cette renonciation est convenue avec un tiers bénéficiaire, l'obligation de ne pas faire qu'elle emporte pourra être revêtue d'une valeur contractuelle et s'opposer à toute pollicitation ultérieure⁽⁴²⁰⁾.

Selon sa nature, le **pacte de préférence** pourra ainsi faire peser sur son débiteur une obligation assez ferme pour priver d'effet la pollicitation qu'il adressera à un autre en méconnaissance de son engagement. Si le pacte avait pour objet de conférer un droit de préemption, et de suspendre ainsi l'offre faite au tiers à l'absence d'acceptation par le bénéficiaire, l'exercice par ce dernier de son droit d'option vaudrait défaillance de cette condition suspensive et, par voie de conséquence, caducité rétroactive de la pollicitation adressée au tiers, en sorte que l'acceptation ultérieure de celui-ci resterait impropre à former le contrat⁽⁴²¹⁾. On trouverait ainsi dans un tel engagement une première hypothèse d'invalidation de l'offre par renonciation préalable de son auteur⁽⁴²²⁾.

(417) C'est bien en ce sens que le Code des marchés publics distingue « l'offre irrégulière », définie comme celle qui est « incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées », et « l'offre inacceptable », qui est celle dont « les conditions [...] méconnaissent la législation en vigueur » ou qui dépasse les possibilités de financement du pouvoir adjudicateur (art. 35, I, 1°) : la première est nulle en tant que telle tandis que la seconde est valable en soi mais conduirait à la conclusion d'un contrat nul pour objet illicite ou impossible.

(418) E.g. C. marchés publ., art. 61, I, al. 2, et art. 63, al. 2. Mais, sauf dispositions contraires, l'offre renvoyée trop tôt vaudra pour le jour où elle était permise, se déduisant du silence conservé jusque là par son auteur. Sur ce mécanisme, v. déjà *supra*, n° 125.

(419) E.g. C. marchés publ., art. 52, I, al. 3. On découvre ici, appliquées au cas particulier de la pollicitation répondant à un appel d'offre, les différentes causes de nullité qui affecteront normalement l'acceptation elle-même : v. *infra*, n° 196 et s.

(420) Si la renonciation ne résultait que d'une déclaration unilatérale de l'auteur, rien ne l'empêcherait de renoncer à cette renonciation en émettant finalement une offre. Et, même constitué par un accord contractuel, l'empêchement demeurerait toujours impuissant à invalider l'offre faite au bénéficiaire lui-même : en acceptant cette offre, celui-ci conviendrait de mettre fin à cette interdiction. Ce n'est donc qu'à l'égard de la proposition faite à autrui que la convention pourra priver d'effet l'offre du débiteur.

(421) Si l'acceptation était donnée avant défaillance de la condition suspensive, le contrat ne tomberait pas pour inexistence mais par caducité : v. *supra*, n° 156, *in fine*.

(422) À moins d'analyser ce droit de préemption comme intervenant, non pas sur une offre parallèlement émise à l'endroit du bénéficiaire, mais sur l'offre même qui fut adressée au tiers, en sorte qu'il n'y aurait plus alors deux propositions, mais une seule adressée à deux destinataires, l'un étant seulement empêché d'accepter avant l'autre.

Mais cette renonciation se ferait plus sûrement sentir encore si le pacte avait pour objet de prévenir le principe même de cette offre en obligeant son auteur à la soumettre d'abord au bénéficiaire : en cette autre hypothèse, la proposition faite au tiers ne serait pas seulement conditionnée à un refus, elle serait émise en contravention même de l'engagement. Certes, il faudra encore présumer, eu égard à la préséance due à la liberté contractuelle, que cette offre, pour être fautive, n'en reste pas moins efficace⁽⁴²³⁾, de sorte que ce n'est pas sur le fondement de la nullité de la pollicitation et de l'inexistence consécutive du contrat ainsi conclu que pourra agir le bénéficiaire mais sur celui d'une collusion organisée en fraude à son droit et comme telle inopposable⁽⁴²⁴⁾. Mais il suffirait aux cocontractants d'avoir spécialement prévu qu'une telle offre serait proprement nulle plutôt que simplement fautive pour renverser cette présomption et priver d'existence le contrat conclu avec le tiers en violation du pacte⁽⁴²⁵⁾.

À plus forte raison une **promesse unilatérale** interdirait-elle au promettant d'émettre au profit d'un tiers une proposition contractuelle correspondant à l'objet de son engagement. Fixant toutes les conditions d'un contrat qui n'attend plus que la volonté réitérée du bénéficiaire pour se conclure, la promesse entérine par là-même l'engagement du promettant : si le contrat définitif ne requiert plus son consentement, c'est bien que le promettant est déjà engagé. Dès lors, comme pour tout engagement contractuel, il est naturel de présumer que celui-ci est irrévocable. Dans cette mesure donc, et pour autant que l'objet de la promesse soit exclusif⁽⁴²⁶⁾, toute offre concurrente ultérieurement adressée à un tiers serait inévitablement nulle pour impossibilité juridique, nourrissant le projet de révoquer, même tacitement, un engagement qui ne le permet pas. Cette autre pollicitation

(423) De la même manière qu'une offre stipulée irrévocable n'en demeure pas moins susceptible de révocation, celle-ci n'ouvrant droit qu'à dommages-intérêts éventuels. Il faudrait une volonté spéciale de l'auteur pour priver d'effet sa révocation et faire déjà de son offre une forme d'engagement par volonté unilatérale. Sur la question, v. *infra*, 249, spéc. note 1038. Cela serait alors possible parce que, à la différence de la simple renonciation *a priori* à l'exercice de sa liberté contractuelle (v. *supra*, *eod. num.*, spéc. note 420), l'engagement de non-révocation intervient sur un acte déjà constitué et vaut alors comme modalité de celui-ci.

(424) Il en résulte pour différences notables que la charge de la preuve pèsera sur le bénéficiaire, tenu d'établir l'existence de cette collusion frauduleuse (v. not. Ch. mixte, 26 mai 2006, *Bull.*, CM, n° 4 ; D. 2006, p. 1861, notes P.-Y. Gautier et D. Mainguy, et *pan.*, p. 2644, obs. B. Fauvarque-Cosson ; *JCP* 2006, I, 176, n° 1, obs. F. Labarthe ; *Defrénois* 2006, p. 1206, obs. E. Savaux ; *RTD civ.* 2006, p. 550, obs. B. Fages et J. Mestre ; *RDC* 2006, p. 1080, obs. D. Mazeaud, et p. 1131, obs. F. Collart Dutilleul) alors que l'action en inexistence de la convention conclue sur une offre nulle aurait au contraire obligé le tiers acceptant à démontrer sa croyance légitime (v. *infra*, n° 168) ; que l'intention frauduleuse condition de l'inopposabilité est plus qu'une simple négligence fautive, laquelle suffit de son côté à écarter le bénéfice de l'apparence ; que l'inexistence d'un acte juridique opère de plein droit là où son inopposabilité suppose toujours que le créancier s'en prévale, ce qui justifie que l'action en inopposabilité pour fraude soit réservée au seul créancier lésé tandis que celle tendant à faire constater l'inexistence d'un acte juridique demeure ouverte à tout intéressé ; que l'inexistence prive nécessairement le contrat de tout effet alors que l'inopposabilité ne parvient à ce résultat que pour autant que l'effet principal de l'accord postulait qu'il fût opposable au tiers lésé, ce qui viserait en particulier le cas du contrat translatif rendu inopposable au créancier du bien cédé.

(425) Sur le pacte de préférence en tant que cause première d'inexistence du contrat définitif, au-delà même toute nullité de la pollicitation, v. *infra*, n° 347. Et pour un examen de la promesse unilatérale, dans les mêmes termes : v. *infra*, n° 348.

(426) L'objet de la promesse est exclusif lorsqu'il s'oppose à ce qu'un autre contrat puisse avoir le même objet, comme il en irait notamment pour tout acte translatif d'un corps certain.

reviendrait pour son auteur à exercer un droit dont il ne dispose plus pour l'avoir déjà aliéné. Sans doute n'est-il pas interdit aux parties à la promesse de prévoir que l'offre du promettant à un tiers produira néanmoins son effet et ouvrira seulement droit alors à dommages-intérêts, de la même manière qu'elles peuvent décider de lui accorder une faculté de dédit contre versement d'une contrepartie⁽⁴²⁷⁾. Mais plus rien n'autorise ici à présumer cette intention⁽⁴²⁸⁾. Si une telle présomption pouvait valoir pour le pacte de préférence, c'est que celui-ci requerrait toujours du promettant qu'il fasse encore usage de sa liberté contractuelle en décidant de conclure le contrat envisagé au pacte : par égard pour l'autonomie de la volonté restant à exprimer, il fallait bien, en l'absence de toute stipulation contraire, considérer que l'offre faite au tiers en violation du pacte n'en était pas moins efficace⁽⁴²⁹⁾. Au contraire, la promesse unilatérale consigne en elle la volition définitive du promettant, si bien que, ne laissant plus aucun support à la liberté contractuelle, il deviendrait illogique de reconnaître, en principe au moins, quelque effet à l'offre émise en méconnaissance de cet empêchement⁽⁴³⁰⁾.

(427) Elles peuvent bien insérer cette faculté de dédit au sein même du contrat définitif ; on voit donc mal ce qui les empêcherait de le faire au stade antécédent de la promesse.

(428) *Contra* pourtant : 3^e civ., 27 mars 2008, pourvoi n° 07-11721 ; *JCP* 2008, II, 10147, note. G. Pillet ; *RTD civ.* 2008, p. 475, obs. B. Fages ; *D.* 2008, pan., p. 2973, obs. S. Amrani Mekki, qui oblige les parties à stipuler que la révocation de la promesse se résoudrait en nature pour priver d'effet sa révocation.

(429) En application du principe général selon lequel l'inexécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire ne se résout qu'en dommages-intérêts dès lors que son exécution forcée attenterait à la liberté individuelle de son débiteur (C. civ., art. 1142).

(430) Ainsi que le juge pourtant la Cour de cassation depuis 3^e civ., 15 déc. 1993, deux arrêts, *Bull.*, III, n° 174, et pourvoi n° 91-14999 (*D.* 1994, SC, p. 507, obs. O. Tournafond, et *D.* 1995, SC, p. 230, obs. L. Aynès ; *JCP* 1995, II, 22366, note. D. Mazeaud ; *Defrénois* 1994, p. 795, obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 1994, p. 588, obs. J. Mestre). Solution semble-t-il confirmée dix ans plus tard par 3^e civ., 28 oct. 2003, pourvoi n° 02-14459 ; *RDC* 2004, p. 270, obs. D. Mazeaud, qui réaffirme que « ce manquement à leurs obligations par les promettants s'analysait en une violation d'une obligation de faire qui ne pouvait se résoudre qu'en dommages-intérêts ». Quoiqu'en qualifiant la promesse d'« offre », il est aussi possible d'estimer que cette autre décision n'a peut-être pas voulu confondre l'une et l'autre, en ne déclarant révocable que l'offre et non la promesse, conformément à une distinction courant en jurisprudence (3^e civ., 14 déc. 1971, *Bull.*, III, n° 629 ; 20 mars 1979, *Bull.*, III, n° 72 ; et encore 25 mars 2009, *Bull.*, III, n° 69 ; *RJDA*, juill. 2009, note F. Nési ; *RDC* 2009, p. 995, obs. Y.-M. Laithier). Mais la solution retenue depuis lors par la même formation le 27 mars 2008 (préc., *supra*, note 428) a finalement levé toute incertitude, en subordonnant l'exécution forcée après rétractation de la promesse à une volonté spécialement manifestée en ce sens par les parties, le droit commun restant donc, selon cet arrêt, à l'efficacité de la révocation. V. du reste encore, tout récemment : 3^e civ., 11 mai 2011, pourvoi n° 10-12875 ; *D.* 2011, p. 1457, note D. Mazeaud, et p. 1460, note D. Mainguy ; puis Com., 13 sept. 2011, pourvoi n° 10-19526, *Bull.* Si ces décisions sont déjà critiquables dans leur fin, en ce qu'elles reviennent à présumer qu'un engagement contractuel puisse être efficacement révoqué, leur motivation l'est plus encore. Car, le promettant serait-il débiteur d'une obligation de faire qu'il faudrait encore vérifier, avant de l'exclure, que la poursuite de son exécution forcée porterait une atteinte exorbitante à quelque-une de ses libertés fondamentales. V. ainsi 1^{re} civ., 16 janv. 2007, *Bull.*, I, n° 19, qui censure au visa des articles 1134 et 1142 du Code civil la cour d'appel qui avait refusé l'exécution forcée argument pris de la lettre générale de l'article 1142, et pose ainsi pour attendu de principe que « la partie envers laquelle un engagement contractuel n'a point été exécuté a la faculté de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsque celle-ci est possible ». Mais, surtout, le promettant n'est nullement débiteur d'une obligation de faire, ni même de ne pas faire : il ne lui est pas demandé de s'abstenir de se dédire puisque, précisément, il ne dispose pas de cette faculté, ayant déjà donné son consentement au contrat définitif. De sorte que cette motivation judiciaire présente tous les traits d'un raisonnement sophistique consistant à prendre l'effet pour la cause : il nous est dit, en somme, que le promettant peut efficacement révoquer son engagement puisqu'il est seulement tenu de ne pas se rétracter, alors que c'est justement parce que les juges le rendent débiteur de cette obligation qu'il peut ne pas la respecter en se rétractant. Il restait donc encore à la Cour de cassation à expliquer pourquoi le promettant est ainsi fait débiteur d'une obligation de non-révocation... Faute d'y parvenir, ses dernières décisions auront

B - L'INEFFICACITÉ DE L'OFFRE ÉMISE EN MÉCONNAISSANCE DE L'EMPÊCHEMENT

167. Nullité de l'offre et inexistence du contrat – Celui qui prétendrait exprimer sa volonté hors du cadre qui lui a été assigné ne manifesterait qu'une volition absolument nulle pour objet juridiquement impossible. Privée de tout effet, l'offre n'aurait dès lors pas celui de permettre la formation du contrat proposé : l'acceptation qui lui serait apportée souffrirait à son tour du même vice et demeurerait finalement tout aussi impuissante à conclure l'accord⁽⁴³¹⁾. Si bien que le contrat que l'on voudrait voir se former sur deux volitions aussi nulles l'une que l'autre demeurerait en réalité parfaitement inexistant.

168. L'exception de croyance légitime – Sur ces prémisses, le droit a de longue date élevé une exception : privilégiant l'échange à la conservation, le mouvement à l'inertie, il a doté l'acceptant de la faculté de forcer au contrat selon sa croyance légitime⁽⁴³²⁾. Cette faculté lui est octroyée chaque fois que son acceptation ne répondrait pas à l'offre, et il en irait bien ainsi, en premier lieu, si celle-ci était en réalité inexistante ou, comme ici, dépourvue de tout effet.

À cette fin, l'acceptant doit établir sa croyance erronée en une offre valable, d'une part, et le caractère légitime de cette erreur, d'autre part. C'est à cet office qu'intervient la notion d'apparence : le déclarant qui pourra se prévaloir d'une apparence objectivement constituée au soutien de sa prétention établira par là-même l'existence de sa croyance et la légitimité de celle-ci, par voie de présomption. Sans cet appui, il sera tenu de renverser les semblants pour prouver que, malgré la nullité apparente de l'offre, il avait pu, dans la situation particulière qui était la sienne, croire en sa validité et qu'une telle erreur était de surcroît excusable⁽⁴³³⁾.

La simple incapacité du pollicitant, quant à elle, demeure tout à fait rétive au jeu de l'apparence⁽⁴³⁴⁾. Ce n'est certes pas sa publicité qui suffit à l'expliquer⁽⁴³⁵⁾, ne serait-ce que

renoncé à cet argument, et finalement à toute explication (3^e civ., 11 mai 2011, et Com., 13 sept. 2011, préc.). Ce manque de motivation affecte du reste tout autant les rares décisions qui, en sens curieusement contraire, paraissent priver d'effet la dénonciation faite par le promettant : 3^e civ., 6 sept. 2011, pourvoi n° 10-20362.

(431) Se donnant pour ambition d'acquiescer à une offre qui ne le permet pas comme étant dépourvue de tout effet, l'acceptation poursuivrait elle-même un objet impossible. Pour l'analyse, v. plus gén. *infra*, n° 228.

(432) Sur l'origine historique de la théorie, v. *infra*, n° 229, *in medio*.

(433) Sur la logique présomptive à laquelle répond la notion d'apparence, v. *infra*, n° 230.

(434) On vise ici l'hypothèse de l'incapacité d'exercice. Les incapacités de jouissance, lorsqu'elles sont sanctionnées de nullité absolue, affectent pour leur part, non pas la validité de l'offre, ni même du consentement, mais celle du contrat lui-même, une fois formé, et s'imposent donc pour cette autre raison en dépit de toute ignorance, même légitime.

(435) Publicité par mention en marge de l'acte de naissance pour le majeur sous tutelle ou sous curatelle (C. civ., art. 444) et d'après la date de naissance portée sur cet acte, comme sur toute pièce d'identité, pour le mineur. Le tiers ainsi sollicité dispose, comme tout intéressé, du droit de requérir auprès de l'officier de l'état civil compétent un extrait de l'acte de naissance de son pollicitant (décr. 62-921 du 3 août 1962, art. 10, al. 1^{er}, et art. 11-2) puis, le cas échéant, de son inscription au répertoire civil (C. proc. civ., art. 1061), afin de vérifier sa capacité, et son étendue. La simple déclaration de son cocontractant, sans production de cet extrait, n'y suffirait pas : v. C. civ., art. 1307, pour le cas de minorité.

parce que, si celle-ci permet bien de présumer que l'acceptant a pu en avoir connaissance, elle n'interdit pas pour autant à ce dernier d'établir le contraire⁽⁴³⁶⁾. Surtout, il suffit d'observer pour s'en convaincre que la protection par sauvegarde de justice ne fait pas l'objet d'une publicité suffisante pour en garantir sa connaissance par le tiers cocontractant⁽⁴³⁷⁾ et que cela ne l'empêche pourtant pas de lui être tout aussi opposable. Si, donc, l'incapacité du pollicitant s'impose à l'acceptant par delà son ignorance, même légitime, c'est qu'elle répond à une tout autre logique : en cette hypothèse en effet, l'offre existe et est suffisamment efficace pour former un contrat, même soumise à une éventuelle action en annulation ou en réduction par le contractant protégé. La théorie de l'apparence peut bien offrir pour passe-droit d'ignorer l'absence ou l'inefficacité radicale de la volition, elle n'a pas pour vocation de priver le déclarant des règles garantissant l'intégrité de son consentement dès lors que celui-ci a été effectivement donné⁽⁴³⁸⁾. Si le contractant incapable peut être déchu de cette protection pour le cas où il aurait usé de quelque manœuvre en vue de dissimuler son état à son cocontractant (C. civ., art. 1307, *a contrario*, et art. 1310), ce n'est donc pas parce que cette dissimulation aura trompé ce dernier mais parce que son élaboration démontrera que son auteur avait eu une claire conscience de la portée de son engagement, rendant ainsi inutile l'application des règles protectrices de son consentement. C'est bien cette leçon qu'enseigne le vieil adage selon lequel la malignité supplée l'âge (*Malitia supplet aetatem*).

On peut dès lors porter une appréciation réservée sur la solution, prévalant en matière de tutelle et de curatelle, qui consiste à accorder aux cocontractants de la personne jugée incapable le bénéfice de leur ignorance du jugement d'ouverture dès lors qu'ils se seront fondés, au jour du contrat, sur un extrait d'acte de naissance datant de moins de deux mois (C. civ., art. 444). Il n'est pas sûr en effet que les nécessités du commerce, somme toute assez faiblement menacées par un risque d'annulation ne portant guère en pratique que sur les actes les plus déséquilibrés, justifient de privilégier ainsi l'intérêt du cocontractant, même de bonne foi, à celui du contractant dont l'état requerrait cette protection⁽⁴³⁹⁾. S'il est bien argué du domaine plus restreint de la protection assurée par la sauvegarde de justice,

(436) Sur la valeur de la publicité légale au regard de la théorie de l'apparence, v. plus spéc. *infra*, n° 230, *in fine*.

(437) Considérant en effet qu'elle n'affecte jamais que les actes lésionnaires, le législateur n'a pas jugé utile d'en assurer la publicité aux tiers cocontractants, sauf pour eux à contracter par l'intermédiaire d'un auxiliaire de justice qui disposera seul du pouvoir de consulter le registre spécialement tenu à cet effet (L. 68-5 du 3 janv. 1968, art. 10).

(438) V. par ex. C. civ., art. 1844-16, et C. com., art. L. 235-12, qui précisent que la nullité résultant de l'incapacité d'un associé ou de la société est toujours opposable au cocontractant, même de bonne foi. V. égal. 1^{re} civ., 14 mai 1996, *Bull.*, I, n° 206 (*JCP* 1997, II, 22750, note Th. Fossier ; *Deffrénois* 1997, p. 319, obs. J. Massip), censurant la cour d'appel qui avait cru pouvoir accueillir le moyen du preneur à bail qui, ayant ignoré que son bailleur agissait en qualité de tuteur d'un propriétaire mineur, excipait de la « *théorie de l'apparence* » et demandait à ce titre une indemnité pour l'éviction réalisée en application de l'article 456, alinéa 3, du Code civil.

(439) Par cette solution, c'est plus encore que le bénéfice de l'apparence qui est octroyé au cocontractant, puisqu'il lui est ainsi permis d'ignorer ce régime de protection alors même qu'il n'aurait fait qu'émettre une offre à l'adresse de l'incapable, en une hypothèse donc où il n'aurait répondu à aucun acte juridique et ne pourrait par conséquent prétendre outrepasser une intention réciproque restée encore inexprimée.

laquelle ne menace jamais que les actes de toute façon lésionnaires, il peut paraître assez contradictoire de subordonner l'efficacité des régimes de protection les plus graves, qui répondent aux plus grandes faiblesses, à leur connaissance par le cocontractant : si la protection accordée aux personnes les moins diminuées s'imposent à lui nonobstant son ignorance, on s'explique difficilement qu'il puisse disposer de la faculté de passer outre les incapacités les plus sévères. L'accord conclu par un contractant placé sous tutelle pourrait bien présenter un déséquilibre tout aussi patent, et l'on s'accommodera mal alors de la solution qui consiste à l'y assujettir quoi qu'il lui en coûte, faute pour lui d'avoir pu établir son trouble mental (C. civ., art. 414-1) ou son erreur (art. 1110), condamné qu'il était à recourir au seul droit commun.

Hors cette solution particulière, néanmoins, il reste pour principe que le bénéfice de l'apparence opposé à une proposition émise sans pouvoir se réserve à l'hypothèse d'une véritable inefficacité de l'offre. Et il en ira toujours ainsi lorsque celle-ci aura été exprimée au nom d'autrui.

§ 2 – L'offre au nom d'autrui : le défaut de pouvoir de représentation

169. Le pouvoir de représenter autrui – Le pouvoir est d'abord celui de faire et, pour le juriste, celui d'accomplir un acte pourvu d'effets juridiques. C'est donc en observation d'une acception toute particulière que l'on réserve parfois l'emploi du terme au seul pouvoir par lequel un sujet de droit sera admis à conclure un acte juridique produisant son effet dans un autre patrimoine que le sien⁽⁴⁴⁰⁾. Et son sens devient plus restreint encore lorsqu'il ne vise plus que le pouvoir de représenter autrui⁽⁴⁴¹⁾.

Ce pouvoir particulier, cependant, est susceptible de se conférer d'après deux modes bien distincts de représentation, selon que le représentant agira en son nom propre pour le

(440) Pour cette acception, v. not. E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, th. Paris II, 1981, Economica, 1985. *Contra*, v. Ph. MALAURIE, *Les personnes*, 4^e éd., Defrénois, 2009, n° 512, p. 215 : « On peut avoir aussi une notion plus large du pouvoir : la possibilité pour une personne de faire des actes sur un bien. Un bien, ce peut être son propre bien, ce qui est le cas normal, ou celui des autres, ce qui est le cas du mandataire ». Sur la polysémie du mot, v. ainsi *Vocabulaire juridique*, dir. G. Cornu, PUF, Quadrige, 7^e éd., 2005, v° Pouvoir, où il lui est reconnu plus d'une vingtaine de sens différents, le premier d'entre eux visant une « maîtrise de fait » ou une « prérogative juridique », quelle qu'elle soit.

(441) En ce que la représentation exclut de sa définition le pouvoir d'engager un patrimoine dépourvu de personnalité juridique (e.g. pouvoir de l'époux d'administrer seul la communauté, ou même pouvoir sur l'indivision de l'indivisaire détenant au moins deux tiers des droits). Sur l'évolution historique du sens attribué à la représentation, v. not. Ph. DIDIER, *De la représentation en droit privé*, th. Paris II, 1997, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 339, 2000, n°s 22 à 37, pp. 17-27.

Pour cette signification exclusive du pouvoir, v. ainsi P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, p. 19 ; R. GUILLIEN et J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, 16^e éd., Dalloz, 2007, v° Pouvoir ; M. STORCK, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, th. Strasbourg, 1980, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 172, 1982, n° 181, p. 136. Sans être fautif, se contenter de parler de *pouvoir* pour dire *pouvoir de représentation* revient à user d'une synecdoque consistant à prendre, en l'occurrence, le tout pour la partie.

compte du représenté, ou au nom et pour le compte de celui-ci. Dans le premier cas, qui est celui de la représentation dite imparfaite, le représentant sera commissionnaire du commettant, ou préposé s'il lui est subordonné, et sera partie à l'accord qu'il proposera. En cette hypothèse, donc, le défaut de pouvoir n'empêchera pas le contrat de se former sur la tête du représentant, quand bien même dût-on prononcer sa nullité sur le fondement de l'article 1119 du Code civil⁽⁴⁴²⁾. Cette nullité est d'ailleurs très largement ignorée en matière commerciale⁽⁴⁴³⁾ où il est admis par présomption que le commissionnaire contracte également pour son propre compte, en sorte que, avec ou sans procuration, le contrat qu'il aura ainsi conclu produira toujours effet à son endroit⁽⁴⁴⁴⁾.

Pour que le défaut de pouvoir mette obstacle à la formation du contrat, il faut donc que le mandataire se soit présenté comme agissant, non pas seulement pour le compte, mais au nom même de son mandant⁽⁴⁴⁵⁾. Ce n'est alors qu'en présence d'un pollicitant dépourvu du pouvoir de contracter au nom d'autrui (A) que l'on pourra conclure à l'inefficacité de l'offre ainsi émise (B).

A - LE POLLICITANT DÉPOURVU DU POUVOIR DE CONTRACTER AU NOM D'AUTRUI

170. Une technique juridique – Contrairement à ce que trop souvent affirmé, la représentation, pour être une technique juridique, n'en constitue pas pour autant une fiction⁽⁴⁴⁶⁾ : elle ne tend pas à s'appuyer sur un fait en réalité inexact, pas plus qu'elle ne conduit à appliquer aucune règle de droit au-delà de son domaine naturel. Il n'est pas prétendu en effet, au premier chef, que la volonté exprimée par le mandataire serait, comme par métempsychose, celle du mandant lui-même, mais seulement qu'elle vaudra

(442) La prohibition ne fait que traduire le principe de l'effet relatif des conventions : est nul le contrat qui se donne pour objet, juridiquement impossible, d'engager celui qui n'y est pas partie. Prohibition toute relative cependant puisqu'il suffit aux contractants d'avoir spécialement subordonné la validité de la convention à la ratification de l'intéressé pour lui rendre son effet, sous cette condition suspensive : c'est l'hypothèse de la stipulation pour autrui (C. civ., art. 1121).

(443) V. not. C. com., art. L. 132-1 et s.

(444) Qu'il soit lui-même obligé à exécution (Com., 7 mai 1962, *Bull.*, III, n° 240) ou qu'il soit au moins tenu responsable de l'inexécution (Com., 18 oct. 1994, *Bull.*, IV, n° 308 ; *JCP* 1995, I, 3853, n° 1, obs. G. Viney).

(445) Sur la modernité de cette autre forme de représentation, v. déjà *supra*, n° 75, spéc. note 466.

(446) Pour cette assimilation classique de la représentation à une fiction du droit, v. par ex. R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de mandat*, J. Debure, Paris, et V^{re} Rouzeau-Montaut, Orléans, 1775, n° 87 (*Œuvres de Pothier*, par J. Bugnet, éd. Cosse & Delamotte, t. V, 1847, p. 207) : « Lorsque le mandataire [...] a fait quelques contrats avec des tiers, [...] c'est, en ce cas, le mandant qui est censé contracter par son ministère » ; F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Sirey, 1921, n° 246, p. 402 ; J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, Sirey, 1935, p. 319 ; P. WOODLAND, *Le procédé de la fiction dans la pensée juridique*, th. Paris II, 1981, pp. 556-561 ; Ch. HANNOUN, « Les fictions en droit économique », *Droits*, n° 21, 1995, pp. 83-93, spéc. p. 87, à l'égard au moins de la représentation légale. *Contra*, réfutant cette qualification de fiction : E. PILON, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, th. Caen, 1897, nos 31 à 40, pp. 46-62 ; L. LECOCQ, *De la fiction comme procédé juridique*, th. Paris, 1914, pp. 57-62 ; H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit*, 5^e éd., A. Pedone, 1929 ; R. DEMOGUE, *op. cit.* (*supra*, note 95), n° 147, p. 240 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques*, th. Perpignan, 1994, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 253, 1997, n° 69, p. 75.

pour celui-ci⁽⁴⁴⁷⁾. En se contentant de poser ce rapport d'équivalence, le droit reconnaît pleinement que la volition n'a pas été exprimée par le représenté et ne feint ainsi de croire à rien d'autre que ce qui est⁽⁴⁴⁸⁾. Tirer argument de cette identité d'effet pour faire de la

(447) C'est même particulièrement évident au cas de représentation légale ou judiciaire : en l'absence alors de toute volition précédemment exprimée par le représenté, le droit ne pourrait pas sérieusement prétendre que le représentant exprimerait une autre volonté que la sienne propre. V. ainsi A. ROUAST, *La représentation dans les actes juridiques*, Les Cours de droit, Paris, 1947-1948, p. 95, qui ajoute cet argument : « comment admettre qu'un tout jeune enfant puisse être considéré comme l'auteur juridique d'un acte, alors qu'il n'est pas encore capable d'émettre une volonté ? » Et ce que le droit n'allègue pas au cas de représentation légale ou judiciaire, il ne l'affirme pas plus au cas de mandat conventionnel : en toute occurrence, le représentant exprime sa seule volonté, laquelle produira son effet dans le patrimoine du représenté.

(448) C'est au moins certain sous la lettre du Code civil, qui énonce à l'article 1984 que le mandat procure « le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant », et non pas celui, pour le mandant, de faire quelque chose par le biais de son mandataire. Ce dernier point de vue était celui qu'exprimait la maxime canonique *Qui facit per alium facit per se* (BONIFACE VIII, *Sextus*, V, XII – rapp. XIII, *De regulis juris*, 68 et 72). C'était encore l'opinion de SAVIGNY, dont la *Geschäftsberrntheorie* postulait que le représenté devait être tenu pour seul auteur de l'acte, son représentant étant ainsi réduit à la condition d'un messager (*Das Obligationenrecht*, Berlin, 1851, trad. C. Gerardin et P. Jozon, *Le droit des obligations*, 2^e éd., A. Durand, t. II, 1873, p. 59), avant que la solution contraire, développée par la *Repräsentationstheorie*, ne soit finalement consacrée aux paragraphes 164 et suivants du BGB.

Si le Code civil « dispose » ailleurs que « La représentation est une fiction de la loi » (art. 739 anc., devenu art. 751 par L. 2001-1135 du 3 déc. 2001), ce n'est qu'au titre de la représentation successorale par laquelle les héritiers de degré plus éloigné sont réputés venir à la succession au rang de leur ascendant prédécédé. La *fiction juris* est née ici de l'esprit scolastique des interprètes médiévaux qui, pour expliquer cette solution du droit romain (Inst. Justinien, III, I, 6), l'ont assimilée à l'idée d'un mandat tacitement confié par le successible à ses descendants pour venir à la succession à sa place (v. J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, n° 810, p. 1121). Par conséquent, si fiction il y a, elle ne tient pas dans l'effet de principe de tout mandat – la représentation – mais dans l'existence même d'une telle convention, évidemment feinte en cette hypothèse. Le mot survivra d'ailleurs à sa raison, passant chez POTHIER sans autre précision (*Traité des successions*, J.-J. Massot, Orléans, et P.-Th. Barrois le jeune, Paris, 1777, chap. II, sect. I^{re}, art. 1^{er}, in *Œuvres de Pothier*, par J. Bugnet, éd. Cosse & Delamotte, t. VIII, 1845, p. 38, cet annotateur remarquant que « C'est bien plutôt une faveur qu'une fiction ») et, de là, dans le Code civil (art. 739 anc.). En sorte que les commentateurs se seront trouvés obligés de lui retrouver une justification, la plus répandue ayant peut-être consisté à soutenir que la loi userait de fiction en ce qu'elle réputerait le successible de degré supérieur décédé après le défunt dont la succession s'est ouverte. En ce sens, v. par ex. Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XIII, *Traité des successions*, t. I, 6^e éd., A. Durand et al., 1879, n° 390, pp. 458-460 : « le législateur a imaginé de faire, en quelque sorte, revivre le prédécédé dans la personne de ses enfants » ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil*, dir. G. Baudry-Lacantinerie, 3^e éd., L. Larose et L. Tenin, t. VII, *Des successions*, t. I, 1905, n° 320, p. 258 : « La fiction consiste dans ce que l'existence du représenté est censée se soutenir jusqu'au décès du de cujus ». L'explication cadre pourtant mal avec la faculté laissée aux héritiers de second degré de venir en représentation de celui à la succession duquel ils ont renoncé (art. 744 anc., et 754 nouv., dern. al.) ou, à cette même place, de celui qui a lui-même renoncé à succéder (art. 754 nouv.). Et l'on ne peut pas non plus se contenter d'affirmer que la loi procéderait à une élévation artificielle du degré de succession de ces représentants puisque, si tel était le cas, ils succéderaient par tête, intervenant chacun pour la même part que tous les autres héritiers de premier degré, et non par souche, pour la seule quote-part du représenté prédécédé ainsi qu'en dispose l'article 753. Par quelque côté que l'on aborde le problème, cette référence légale à la fiction ne peut ainsi plus apparaître autrement aujourd'hui que comme une aberration historique. Quoi qu'il en fût d'ailleurs de son obscure origine, on aurait préféré douter du caractère normatif de l'énoncé si la réforme du droit des successions opérée par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 n'avait pas jugé opportun d'en réactualiser les termes pour parler à présent de « fiction juridique ». Pour sa critique, v. déjà Ch. TOULLIER, *Le droit civil français*, 5^e éd., J. Renouard, t. IV, 1835, n° 189, p. 188 : « Dans la vérité, il n'y a point et il n'y a jamais eu de fiction [...] Il eût été plus convenable et plus conforme à la vérité de dire que la représentation est une disposition de la loi » ; Th. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, F. Pichon, t. V, 1893, n° 58, p. 86 ; A. COLIN, « Le droit de succession dans le Code civil », in *Le Code civil – Livre du centenaire*, A. Rousseau, 1904, pp. 297-325, spéc. p. 310 ; M. PLANIOL, *op. cit.* (*supra*, note 61), t. III, 1924, n° 1761, p. 369 ; C. DENAGISCARDE, *De la représentation successorale*, th. Paris, 1909, pp. 19-26, pour conclure, pp. 223-224 : « il faut à l'idée moyenâgeuse de la représentation-fiction substituer l'idée simple et claire du droit égal des souches sur les biens de l'auteur commun. » ; P. TOUTÉE, *De la représentation successorale*, th. Paris, 1910 ; L. LECOCQ, *op. cit.* (*supra*, note 446), pp. 106-112.

représentation une fiction suppose d'en induire une identité de cause que l'institution ne postule pas. La technique de la représentation ne repose ainsi pas, au second chef, sur un dévoiement de la théorie générale, mais sur une distinction logique qui prévaut en droit entre exercice et jouissance d'un droit subjectif et d'où il s'infère que, en certaines circonstances au moins, une prérogative juridique puisse être exercée par un autre que son bénéficiaire⁽⁴⁴⁹⁾. Dès lors, et pour autant que les causes de cette possible dissociation volitive sont nominalement définies, ainsi réparties entre sources conventionnelle, légale et judiciaire, l'ensemble forme un tout cohérent au sein du système. Prendre pour fiction telle solution au prétexte qu'elle ne se conforme pas à l'hypothèse la plus commune c'est finalement se condamner à en voir une dans toute règle de droit spécial.

La volonté émise par représentation n'est donc pas fictive : elle est celle du mandataire, valant pour le mandant, en sorte que le contrat ainsi formé sur la tête du représenté en est parfaitement un.

171. L'absence de pouvoir – Si l'offre émise en son nom propre était par principe efficace, privée d'effet seulement par exception⁽⁴⁵⁰⁾, l'offre exprimée au nom d'autrui est à l'inverse soumise à un principe d'inefficacité, sa validité étant subordonnée à l'existence chez son auteur d'un pouvoir de représentation.

L'empêchement, à présent ordinaire, résulterait alors non seulement de l'inexistence ou de l'anéantissement pour toute autre cause du pouvoir de représentation⁽⁴⁵¹⁾, mais également de son dépassement ou de son détournement. Le dépassement de pouvoir revient en effet pour le représentant à agir en dehors du domaine de son attribution et

(449) Sur cette explication donnée à la représentation, v. orig. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, Libr. nouv. dr. et jur., 1911, pp. 376-378 ; et G. WICKER, *loc. cit.* (*supra*, note 446) : « étant admis le principe d'une possible dissociation de l'exercice et de la jouissance des droits, doit être définitivement écartée l'idée de fiction appliquée à la représentation. » Adde M.-L. LEROYER, *Les fictions juridiques*, th. Paris II, 1995, n° 443, p. 487 : « Celui qui manifeste la volonté d'établir un lien de droit peut ne pas être la même personne que celui qui est titulaire de la prérogative mise en œuvre. Cette dissociation des composantes de l'acte juridique aboutit à considérer que, dans le mécanisme de la représentation, le représenté est le titulaire de la prérogative mise en œuvre, à qui on imputera également les effets de l'acte, et le représentant l'auteur de l'acte agissant au nom et pour le compte de ce titulaire. Il n'y a plus de fiction consistant à faire comme si le représentant exprimait fictivement la volonté du représenté. »

Il s'en infère notamment que la procuration du pouvoir d'exercer un droit en opère moins le transfert que le partage, le représenté demeurant toujours habile à s'exprimer en son nom propre malgré la mission confiée en même sens à son représentant (v. R. DEMOGUE, *loc. cit.*, p. 377). Même lorsque la représentation est organisée par la loi pour protection d'un mineur ou d'un majeur sous tutelle, on observe que, sauf l'hypothèse d'une absence totale de toute conscience juridique, celui-ci demeure encore susceptible de contracter, sous le seul bénéfice d'une action attitrée en annulation. Il apparaît donc quelque peu excessif d'affirmer, comme le fait l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription remis au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005, que « L'établissement d'une représentation légale ou judiciaire dessaisit pendant sa durée le représenté des pouvoirs transférés au représentant. » (C. civ., art. 1120, al. 1^{er}, proj.).

(450) V. *supra*, n° 164 et s.

(451) Not. sa nullité, sa révocation, ou encore sa caducité. Cette dernière se déduirait en particulier de la réduction ultérieure de la capacité du représentant, considérant le caractère déterminant de cette qualité pour le bon achèvement de la mission, ou encore, plus spécialement, de l'ouverture d'une tutelle sur le représenté, laquelle s'opposera au maintien d'un pouvoir conventionnel concurrent (C. civ., art. 2003, *in fine*). Le mandat connaît par ailleurs d'autres causes de nullité qui lui sont propres, sa conclusion étant spécialement prohibée en toute matière intéressant l'état des personnes (e.g. C. civ., art. 146-1, pour le mariage) ou parfois réservée à certaines professions réglementées, telles que les avocats et les avoués lorsqu'il s'agit d'accommoder l'ancien adage selon lequel *Nul ne plaide par procureur*.

donc, à cet endroit, strictement sans pouvoir⁽⁴⁵²⁾. Quant au détournement, il postule pour se réaliser que cette prérogative soit causée, consistant pour son titulaire à l'utiliser à une autre fin que celle pour laquelle elle lui a été confiée⁽⁴⁵³⁾. De sorte que, à la manière du dépassement de l'objet de la procuration, son détournement opère dépassement de sa cause et confine au même résultat : agir au-delà de son pouvoir, sans celui-ci⁽⁴⁵⁴⁾. En toute hypothèse donc, l'offre ainsi émise en l'absence de pouvoir demeurera pareillement inefficace.

B - L'INEFFICACITÉ DE L'OFFRE ÉMISE EN L'ABSENCE DE POUVOIR

172. Nullité de l'offre et inexistence du contrat – L'offre déclarée par un prétendu représentant en réalité dépourvu de toute procuration, ou d'un mandataire agissant au-delà de son pouvoir, n'est pas inexistante : il n'est pas discutable en effet qu'une offre a bien été émise, pour autant que se trouve à présent réfutée l'analyse fictionnelle qui faisait du représenté l'auteur de la volition⁽⁴⁵⁵⁾. Simplement, exprimée sans pouvoir de ce faire, le droit ne lui prêterait aucun effet⁽⁴⁵⁶⁾, et l'acceptation qui lui serait donnée demeurerait tout aussi impuissante, par conséquent, à conclure le contrat. Jamais formé, ce dernier resterait ainsi, pour sa part, proprement inexistant⁽⁴⁵⁷⁾.

(452) Pour cette assimilation du dépassement au défaut de pouvoir, v. par ex. G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Des contrats aléatoires, du mandat...*, préc. (*supra*, note 416), n° 777, p. 413 : « *Le mandant n'est tenu des actes du mandataire que si ce dernier a agi dans les limites de son mandat. En tant qu'il les excède, il est sans pouvoir, et par suite il n'oblige plus le mandant (art. 1998).* » ; A. BÉNABENT, *op. cit.* (*supra*, note 406), n° 955, p. 456. V. égal. Principes Unidroit, art. 2.2.5 ; PDEC, art. 3:204 (1).

(453) La fin minimale consistant pour le représentant à servir l'intérêt du représenté ou à tout le moins, en cas de mandat d'intérêt commun, à ne pas l'ignorer. Le mandataire qui userait de sa procuration dans la seule poursuite de son intérêt personnel commettra donc toujours un détournement de pouvoir.

(454) Pour cette assimilation du détournement au défaut de pouvoir, v. par ex. l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, art. 1119-3 : « *L'acte accompli par un représentant hors de ses pouvoirs est nul. [...] – Les mêmes règles s'appliquent à l'acte par lequel le représentant se rend coupable d'un détournement de pouvoir au détriment du représenté.* ». Et déjà A. PONSARD et N. DEJEAN DE LA BÂTIE, in Aubry et Rau, *Droit civil français*, 7^e éd., dir. P. Esmein et A. Ponsard, t. VI, Litec, 1975, n° 187, *in fine* ; J. HUET, *op. cit.* (*supra*, note 249), n° 31210, p. 1146. La solution est classique en droit administratif où le Conseil d'État annule les actes réglementaires pris en détournement des pouvoirs conférés aux représentants de l'autorité publique aussi bien que si ceux-ci avaient été incompétents : CE, 26 nov. 1875, *Pariset, Rec.*, p. 934 ; *Les grands arrêts jur. adm.*, par M. Long, P. Weil, G. Braibant *et al.*, 17^e éd., Dalloz, 2009, n° 4. Si le détournement se distingue de l'absence totale de pouvoir, ce n'est donc pas par sa sanction immédiate mais du fait de la qualité de son auteur, effectivement investi d'un pouvoir, dont il a abusé. C'est à ce titre que l'abus de pouvoir est susceptible de constituer une infraction pénale : v. par ex. C. pén., art. 432-1 et s., pour les dépositaires de l'autorité publique ; C. com., art. L. 241-3, 5°, pour les gérants de SARL ; art. L. 242-6, 4°, L. 242-30, L. 248-1, pour les mandataires de sociétés anonymes, et L. 244-1 pour les dirigeants de SAS.

(455) V. *supra*, n° 170.

(456) Strictement, l'offre émise sans pouvoir au nom d'autrui est nulle pour objet juridiquement impossible.

(457) Voyant dans le défaut de pouvoir une cause d'inexistence du contrat, v. ainsi, à la source, K. S. ZACHARIÄ, par G. Massé et Ch. Vergé, *op. cit.* (*supra*, note 345), t. I, 1854, § 35, p. 45, et t. III, 1856, § 579, p. 470, note 5. V. encore X. BARRE, « Nullité et inexistence ou les bégaiements de la technique juridique », *PA* 30 juill. 1993, n° 91, pp. 7-13, spéc. p. 10 ; D. VEAUX, in *J.-Cl. Civ.*, Art. 1304 à 1314, fasc. 20, « Nullité ou rescision des conventions – Généralités : inexistence et rescision », 1994, n°s 20 à 22, pp. 6-7 ; J. HUET, *op. cit.* (*supra*, note 249), n° 31211, p. 1147. Et en jurisprudence : 1^{re} civ., 23 nov. 1976, *Bull.*, I, (*suite p. suiv.*)

La solution semble pourtant assez peu assurée, la jurisprudence invoquant plus souvent aujourd'hui l'inopposabilité, voire la nullité relative, que l'inexistence ou la nullité absolue du contrat conclu sans pouvoir de représentation⁽⁴⁵⁸⁾. C'est que, moins imbus de logique juridique que de sens pratique, les juges trouvent dans l'une ou l'autre des ces deux sanctions un double intérêt : celui, d'abord, de réserver l'action au seul représenté et celui, ensuite, de lui reconnaître une faculté subséquente de régularisation, qualifiée en fonction de ratification ou de confirmation. Or, le constat de l'inexistence n'exclut pas foncièrement ces prérogatives, au moins par expédient. L'action des tiers intéressés pourra toujours se heurter en effet à la réitération de la volonté des parties, qui disposeront ainsi du moyen de faire finalement prévaloir le contrat. Quant à l'action de l'acceptant qui prendrait ultérieurement connaissance du défaut de pouvoir de son pollicitant, le représenté aura pu y mettre obstacle par la déclaration antécédente de son propre consentement.

Cette réitération par le représenté de la volonté exprimée sans pouvoir en son nom ne constitue pas à proprement parler une ratification, qui suppose une convention déjà formée dont seule la validité demeure suspendue à la volonté d'un tiers bénéficiaire⁽⁴⁵⁹⁾, non plus qu'une confirmation, qui vient se joindre à un consentement déjà exprimé par le même auteur afin d'en purger le vice⁽⁴⁶⁰⁾ : elle est très exactement une *acceptation* apportée à la volition du tiers cocontractant, ainsi requalifiée en offre. Dans la mesure en effet où celui-ci a voulu le contrat, croyant le conclure, on peut estimer qu'il lui importait peu d'y figurer en

n° 361. Rappr. 3^e civ., 15 avril 1980, *Bull.*, III, n° 73 ; D. 1981, SC, p. 314, obs. J. Ghestin ; *RTD civ.* 1981, p. 155, obs. F. Chabas ; *Defrénois* 1981, p. 853, obs. J.-L. Aubert, qui sanctionne le dépassement de pouvoir du mandataire par la nullité absolue du contrat ainsi conclu ; 3^e civ., 8 avril 2009, *Bull.*, III, n° 80, qui juge que la cour d'appel « a retenu à bon droit que [le propriétaire] n'était pas engagé envers [le locataire] par l'offre formulée en son nom par l'agence immobilière en application d'un mandat irrégulier, [et qu'elle] a exactement déduit de ce seul motif que la vente du local commercial n'avait pas été conclue ».

(458) Pour l'inopposabilité, v. not. Ass. plén., 28 mai 1982, *Consorts Mégevand*, *Bull.*, AP, n° 3 ; D. 1983, p. 117, concl. J. Cabannes, et p. 349, note E. Gaillard, au sujet d'un acte passé par un tuteur après cessation de la tutelle ; 3^e civ., 6 oct. 2004, *Bull.*, III, n° 166, qui écarte le moyen au motif, substitué, que « l'inexistence d'une cession de droits sociaux ne peut résulter ni du défaut de droit du cédant, qui est sanctionné par une nullité relative, ni du défaut de pouvoir du représentant du cédant, qui est sanctionné par une inopposabilité ne pouvant être invoquée que par le cédant lui-même ». Rappr. Conv. sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises, Genève, 17 févr. 1983, art. 14, § 1 ; PDEC, art. 3:204 (1). Pour la nullité relative : 1^{re} civ., 25 mai 1992, *Bull.*, I, n° 156 : « attendu que la nullité du contrat, fût-il une transaction, découlant du pouvoir irrégulier de représentation d'un contractant, n'est que relative » ; 2 nov. 2005, *Bull.*, I, n° 395 ; *RTD civ.* 2006, p. 138, obs. crit. P.-Y. Gautier : « Attendu que la nullité d'un contrat en raison de l'absence de pouvoir du mandataire, qui est relative, ne peut être demandée que par la partie représentée ». Rappr. l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, art. 1119-3 : « L'acte accompli par un représentant hors de ses pouvoirs est nul. Le représenté peut toutefois le confirmer, s'il en a la capacité. » Entre les deux sanctions, c'était manifestement la volonté de soumettre l'action en cause à l'une ou l'autre des prescriptions trentenaire ou quinquennale qui déterminait pour l'essentiel la décision du juge. V. ainsi, explicitement, Ass. plén., 28 mai 1982, préc.

(459) Lat. *ratum facere* : rendre valable. Pour qu'il y ait ratification, il faudrait qu'un accord ait été effectivement conclu, pour le compte du représenté, ce qui supposerait que le représentant ait agi en son nom propre, par représentation imparfaite. Pour l'admission naturelle de la ratification en cette autre hypothèse, v. ainsi 1^{re} civ., 28 avril 1980, *Bull.*, I, n° 129 (*RTD civ.* 1981, p. 408, obs. G. Cornu) : « le fait que le mandataire qui dépasse son mandat déclare agir en son nom personnel ne s'oppose pas à ce que le mandant ratifie ses actes ».

(460) Au cas de représentation, le seul consentement donné l'a été par le représentant, et non par le représenté qui ne pourrait donc pas confirmer la volonté d'un autre, même exprimée en son nom. Au mandataire, la confirmation ; au mandant, l'expression directe d'un nouveau consentement pour passer outre le vice de la volonté déclarée par son représentant. Sur le mécanisme, v. *supra*, n° 170.

qualité de pollicitant ou d'acceptant. On le présumera tant du moins que l'on fera spécialement rétroagir l'acceptation ultérieure du représenté au jour de cette offre, ainsi convertie : tout opérera alors, aux yeux du cocontractant, comme si son consentement donné à une proposition faite sans pouvoir avait suffi à former l'accord⁽⁴⁶¹⁾.

De cette qualification, il s'infère logiquement que, dans l'attente, le tiers acceptant qui viendrait à apprendre l'inefficacité de la pollicitation reçue disposera de la faculté de reprendre son propre consentement, révoquant ainsi une offre restée non acceptée⁽⁴⁶²⁾. Et il en résulte encore que son décès empêchera le représenté de former le contrat, et de prétendre l'opposer à la succession⁽⁴⁶³⁾, au contraire d'une ratification *proprio sensu* qui ne consisterait qu'à entériner un accord déjà conclu.

173. L'exception de croyance légitime – Plutôt que de subir la conversion de son consentement en une pollicitation, le tiers cocontractant qui aura pu avoir quelque raison de croire à l'existence du pouvoir de son interlocuteur disposera de la faculté de se prévaloir de l'apparence pour forcer à la formation immédiate du contrat⁽⁴⁶⁴⁾.

Si le droit français a longtemps exigé à cet égard que l'apparence résultât d'une faute du mandant⁽⁴⁶⁵⁾, la théorie du mandat apparent s'est aujourd'hui tout à fait extraite de ce mauvais amalgame qui la confinait à la simple expression d'une responsabilité parfaitement étrangère à la question⁽⁴⁶⁶⁾. Sur la seule preuve d'une croyance légitime, désormais,

(461) Sur le principe de cette conversion, v. *infra*, n° 228, *in fine*. La rétroactivité de l'acceptation du contrat par le représenté, plus souvent qualifiée alors de ratification, est unanimement retenue. V. par ex. 1^{re} civ., 4 déc. 1979, *Bull.*, I, n° 304 ; *BGB*, § 184 ; C. civ. italien, art. 1399, al. 2 ; PDEC, art. 3:207 (2), et PCC, art. 3:209 (4). Mais si ce cocontractant n'avait pas ignoré le défaut de pouvoir de son interlocuteur, il ne serait plus aucune raison de faire rétroagir l'acceptation ultérieure du représenté.

(462) Sur ce droit de révocation de l'offre par son auteur, v. *infra*, n° 247 et s. Et pour sa reconnaissance en la matière, v. not. *BGB*, § 178 ; *NBW*, art. 3:69 (3) ; Conv. sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises, Genève, 17 févr. 1983, art. 15, § 2 ; Principes Unidroit, art. 2.2.9 (3) ; PCC, art. 3:209 (3).

(463) Sur les conséquences du décès du pollicitant pour la formation du contrat, v. *supra*, n° 77.

(464) De même, à l'inverse, qu'il pourra lui opposer le contrat s'il a ignoré que le pollicitant s'avancait en tant que représentant. En cette autre hypothèse cependant, ce n'est plus l'absence de pouvoir mais l'existence de ce pouvoir que sa croyance évincera, de sorte que celle-ci ne validera pas une offre nulle mais bien plutôt l'acceptation d'une offre valable : v. *infra*, n° 232.

(465) V. sur ce point D. DEROUSSIN, *Le juste sujet de croire dans l'ancien droit français*, th. Lyon III, 1998, De Boccard, Paris, 2001, *passim*, not. pp. 504-505. En ce sens encore, v. Civ., 27 nov. 1929, *DH* 1930, p. 68 ; *RTD civ.* 1930, pp. 109 et 370, obs. R. Demogue.

(466) Car sanctionner la faute du mandant par l'exécution forcée du contrat qu'il aura laissé paraître ne procède nullement à la réparation en nature du préjudice consistant en la perte du bénéfice contractuel attendu, mais, tout au contraire, à son éviction pure et simple et, par là, à celle de la condition même de toute responsabilité : si l'on décide que le contrat est finalement formé, il n'est aucun préjudice à réparer et la sanction se trouve dès lors privée de tout fondement. Ce en quoi l'exécution d'une obligation ne se confond par à la réparation de son inexécution.

Le revirement a été définitivement opéré par un arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation rendu 13 décembre 1962 (*Bull.*, AP, n° 2 ; *S.* 1963, I, p. 199 ; *D.* 1963, p. 277, note J. Calais-Auloy ; *JCP* 1963, II, 13105, note. P. Esmein ; *RTD civ.* 1963, p. 572, obs. G. Cornu ; *RTD com.* 1963, p. 333, obs. R. Houin ; *Les grands arrêts jur. civ.*, préc. (*supra*, note 286), n° 281), qui posa pour principe que « le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, même en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée », pour valider l'engagement souscrit au nom d'un établissement bancaire par un mandataire social dépourvu du pouvoir de ce faire. La solution paraît aujourd'hui bien acquise. V. par ex. 1^{re} civ., 28 juin 2005, *Bull.*, I, n° 284, qui, « sur le fondement du mandat apparent » juge qu'« une commune peut être engagée par son maire qui a
(suite p. suiv.)

l'acceptant outrepassera l'absence totale de pouvoir du pollicitant⁽⁴⁶⁷⁾, aussi bien que son dépassement⁽⁴⁶⁸⁾ ou son détournement⁽⁴⁶⁹⁾.

Cette solution, pourtant, trouvait déjà à s'exprimer à l'article 2005 du Code civil, pour le cas de la révocation du mandat restée ignorée du tiers cocontractant, et, de façon plus générale, à l'article 2009, qui contraint le mandant apparent à l'exécution des conventions conclues par un mandataire sans pouvoir avec un tiers de bonne foi. C'est cette logique qui justifie que ce cocontractant puisse se prévaloir de la solidarité ménagère de l'article 220 à l'encontre du concubin qui aura semblé être maritalement lié au pollicitant⁽⁴⁷⁰⁾, ou, sur le

passé des contrats de droit privé au nom de celle-ci, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime », sans faire aucunement référence à l'attitude du conseil municipal. La faute du représenté n'importe donc plus désormais que pour ce qu'elle participerait, autant que son simple fait, à rendre légitime l'ignorance du cocontractant.

Ailleurs, l'autonomie de l'apparence n'est pas toujours aussi nettement consommée. Comp. ainsi l'*apparent authority* du droit anglais, qui ne permet de forcer au contrat que lorsque l'apparence résulte au moins du fait, sinon de la faute, du mandant apparent : v. M. ELLAND-GOLDSMITH, « La notion de représentation en droit anglais », *Droits*, n° 6, 1987, pp. 99-106, spéc. n° 12, p. 101. Rapp. égal. les conditions de mise en œuvre de l'*Anscheinsvollmacht* de droit allemand : v. C. WITZ, *op. cit.* (*supra*, note 50), n° 520, pp. 401-402. Et le même critère est posé à l'article 2.2.5, paragraphe 2, des Principes Unidroit ou à l'article 14, paragraphe 2, de la Convention de Genève du 17 février 1983 sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises. On observe du reste que, en France même, la Chambre commerciale de la Cour de cassation semble encore conditionner épisodiquement l'effet du mandat apparent à l'imputabilité de celui-ci au représenté, en contradiction avec la solution posée en 1962 par l'Assemblée plénière. V. ainsi Com., 9 mars 1999, *Bull.*, IV, n° 57, qui affirme pour principe que « la société est engagée par la signature de son mandataire apparent, sauf à elle d'établir être étrangère dans la formation de cette apparence de mandat ». V. égal., en l'absence même de tout mandat, Com., 12 mai 1987, pourvoi n° 85-17617, qui décide « qu'en raison de l'apparence créée par les circonstances relevées, auxquelles [le débiteur] n'était pas étranger, celui-ci devait être tenu au paiement des marchandises livrées ».

(467) V. par ex. Com., 29 avril 1970, *Bull.*, IV, n° 137, pour l'usurpation du pouvoir de représenter un client habituel. V. encore Com., 29 oct. 1973, *Bull.*, IV, n° 299, et 1^{re} civ., 14 déc. 1976, *Bull.*, I, n° 403 ; JCP 1978, II, 18864, note J. Monégier ; *RTD civ.* 1977, p. 570, obs. G. Cornu, au sujet d'un commerçant paraissant disposer d'un mandat de son épouse.

(468) V. ainsi Ass. plén., 13 déc. 1962, préc. (*supra*, note 466).

(469) La jurisprudence s'appuie certes plus volontiers en ce cas sur le constat d'une collusion frauduleuse fomentée entre le pseudo-représentant et le tiers cocontractant : v. par ex. Req., 14 avril 1908, *DP* 1908, I, p. 344, note L. Delanney ; S. 1909, I, p. 23 ; Com., 9 oct. 1961, *Bull.*, III, n° 348 ; 3^e civ., 29 nov. 1972, *Bull.*, III, n° 647. Mais il est facile d'y voir l'expression déguisée de la théorie de l'apparence, l'intervention *consciuis fraudis* du tiers excluant précisément sa croyance légitime. En ce sens, v. E. GAILLARD, *op. cit.* (*supra*, note 440), n° 169, p. 108 : « L'hypothèse ne relève donc pas de la théorie de la fraude, mais bien de celle du pouvoir, qu'elle ne fait que combiner avec le jeu classique de la théorie de l'apparence. » Rapp. égal. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *op. cit.* (*supra*, note 406), n° 575, p. 318, qui précisent que, dans ce cas de figure, « la bonne ou la mauvaise foi du tiers est appréciée comme à l'égard du mandat apparent. » Le fondement pris de la fraude permet bien de renverser opportunément la charge de la preuve en présumant l'ignorance par le tiers acceptant du détournement de pouvoir et en contraignant le représenté à établir spécialement le contraire. Mais ce renversement apparaît assez peu utile en fait, considérant que l'ignorance par un tiers au mandat d'un dépassement de pouvoir du représentant est somme toute assez ordinaire pour que sa preuve ne rencontre normalement aucun obstacle. Surtout, cet autre fondement présente trop d'inconvénients pour régler convenablement la question. Car le moyen articulé sur la fraude oblige la victime du détournement à prouver non seulement sa connaissance par le tiers mais encore l'intention de celui-ci de porter sciemment atteinte à son droit ; et il lui impose cette charge probatoire non seulement à l'endroit du tiers acceptant mais encore à l'égard du représentant, qui aura pu fort bien pu mésuser de sa procuration sans y avoir prêté attention. Il importe en conséquence de rétablir l'hypothèse dans sa nature : le détournement de pouvoir ne fait pas que porter atteinte aux droits du représenté ; il consiste bien au-delà à agir sans pouvoir et à exprimer dès lors une volonté matériellement dépourvue de tout effet, dont celui de nuire aux intérêts du mandant. Si cet intérêt doit finalement céder, ce n'est donc pas du jeu d'une fraude non découverte mais, tout à l'inverse, du fait d'une apparence établie.

(470) Pour le jeu de l'apparence en cette hypothèse, v. A. PROTHAIS, « Dette ménagère des concubins : *(suite p. suiv.)* »

fondement de l'article 1872-1, de l'engagement de ceux qui lui seront apparus associés de fait⁽⁴⁷¹⁾ : le pollicitant sera censé avoir disposé du pouvoir légal d'engager son conjoint ou son associé putatif. Et le mandat apparent œuvre encore autrement en droit des sociétés, considérant que le dirigeant est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus pour engager la personne morale dans les limites de l'objet social, en sorte que la croyance légitime des tiers se détermine essentiellement d'après la publication de l'identité des mandataires et de l'objet statutaire au registre du commerce et des sociétés⁽⁴⁷²⁾.

Le principe n'exclut d'ailleurs pas que la loi circoncrive à l'occasion le domaine de la croyance légitime en introduisant quelques exigences formelles dans la constitution du pouvoir de représentation de façon que le tiers cocontractant soit alors tenu de s'assurer de leur réunion pour pouvoir se prévaloir du bénéfice de l'apparence. Le point ne pose aucune difficulté : dès lors que la forme se définit précisément par les qualités de l'acte qui le font paraître⁽⁴⁷³⁾, tout un chacun, même tiers au contrat, peut fort bien constater si la procuration produite répond à ces exigences⁽⁴⁷⁴⁾.

solidaires, *in solidum*, indivisibles ou conjointes ? », *D.* 1987, chr., p. 237 ; L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, th. Paris II, 1988, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 212, 1990, n° 160, p. 180 ; F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Les personnes – La famille – Les incapacités*, 7^e éd., Dalloz, 2005, n° 610, p. 526 ; Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit civil – La famille*, 3^e éd., Defrénois, 2009, n° 324, p. 166 ; A. BÉNABENT, *Droit civil – Droit de la famille*, Montchrestien, 2010, n° 706, p. 328.

(471) V. ainsi Com., 9 mai 1983, *Bull.*, IV, n° 133 ; *Defrénois* 1984, p. 652, obs. J. Honorat ; 3 nov. 1988, *Bull.*, IV, n° 289 ; *Defrénois* 1989, p. 551, obs. J. Honorat.

(472) Pour le rattachement de cette solution à la théorie de l'apparence, v. par ex. J. CALAIS-AULOY, « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit commercial français », in *L'abus de pouvoirs ou de fonctions*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XXVIII, 1977, Economica, 1980, pp. 221-230, spéc. p. 228. S'agissant de la qualité de mandataire social, cette publicité est toujours opposable au cocontractant (d'après C. com., art. L. 210-9, al. 2, *a contrario* ; Com., 4 mai 1993, *Bull.*, IV, n° 174 ; *Bull. Joly* 1993, § 211, p. 727, note P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1993, p. 567, note B. Saintourens ; *Defrénois* 1993, p. 1458, obs. H. Hovasse), lequel devra ainsi, pour se prévaloir d'un pouvoir apparent non publié, exciper soit de la gestion de fait que son interlocuteur aura paru assumer (Com., 13 mai 1974, *Bull.*, IV, n° 156 ; 28 nov. 1995, pourvoi n° 93-16832 ; *BRDA* 1996, n° 7, p. 3), soit de circonstances propres à faire présumer l'existence d'un mandat spécial (*e.g.* Com., 19 nov. 2002, pourvoi n° 99-13438 ; *RJDA* 2003, n° 259). Quant à l'étendue de ce pouvoir général de représentation conféré au dirigeant, elle est bornée par l'objet social, dont la publicité n'est cette fois opposable qu'au cocontractant d'une société à responsabilité illimitée (C. civ., art. 1849, al. 1^{er}, et C. com., art. L. 221-5, al. 1^{er}), les autres formes sociales étant tenues d'établir la connaissance véritable que leur cocontractant possédait de leur activité (C. com., art. L. 223-18, al. 5, et L. 225-35, al. 2). Celui qui est assujéti à cette obligation de consultation des statuts devrait d'ailleurs disposer, inversement, de la faculté de prouver que l'activité réelle de la société débordait son objet statutaire et suffisait à entraîner une extension consécutive des pouvoirs apparents de son mandataire. Toutes autres limitations particulières de ces pouvoirs, même publiées, demeurent substantiellement inopposables aux tiers (C. civ., art. 1849, al. 3 ; C. com., art. L. 221-5, al. 3 ; art. L. 223-18, al. 6), de sorte que la société chercherait vainement à apporter la preuve de leur connaissance par son cocontractant : 3^e civ., 24 janv. 2001, *Bull.*, III, n° 10 ; *D.* 2001, AJ, p. 704, obs. M. Boizard ; *D.* 2002, SC, p. 471, obs. J.-C. Hallouin ; *JCP E* 2001, p. 713, note F.-X. Lucas ; *Dr. sociétés* 2001, n° 76, note Th. Bonneau ; *PA* 27 sept. 2001, n° 193, p. 16, note D. Gibrila.

(473) V. *infra*, n° 294. Rapp. du reste C. civ., art. 2273 (art. 2267 anc.), selon lequel « *Le titre nul par défaut de forme, ne peut servir de base à la prescription de dix ans* », c'est-à-dire à celle applicable aux acquisitions immobilières de bonne foi et par juste titre (art. 2272 nouv.).

(474) V. ainsi 1^{re} civ., 31 janv. 2008, *Bull.*, I, n° 30 (*Rapp.*, p. 311 ; *D.* 2008, AJ, p. 485, obs. Y. Rouquet, et p. 646, obs. C. Creton) ; puis 5 juin 2008, *Bull.*, I, n° 163 (*Rapp.*, *eod. pag.* ; *D.* 2008, AJ, p. 1693), qui rappellent que les articles 1^{er} et 6 de la loi n° 70-9 du 2 janv. 1970 et l'article 72 du décret n° 72-678 du 20 juill. 1972 imposent la forme écrite pour le mandat donné par le vendeur à l'agent immobilier, pour conclure vertement que « *le mandat apparent ne peut tenir en échec ces règles impératives* ». Conclusion un peu rapide en effet car, si l'existence d'un mandat apparent doit être ici écartée, ce n'est pas parce que la théorie ne trouve pas à s'appliquer mais, tout au contraire, parce qu'elle s'applique et que ces règles de forme interdisent à l'acquéreur

(suite p. suiv.)

Ainsi engagé par ce pouvoir apparent, celui qui sera passé pour représenté aux yeux de l'acceptant disposera toujours d'une action en responsabilité contre son soi-disant mandataire pour le cas où l'apparence serait née de la faute, intentionnelle ou non, de ce dernier⁽⁴⁷⁵⁾.

174. Conclusion – Qu'elle ait été émise en son nom propre par un auteur spécialement empêché de ce faire ou qu'elle ait été déclarée au nom d'un autre par un pollicitant sans pouvoir de représentation, on observe ainsi que, sauf le jeu de l'apparence, l'offre de contrat, pourtant existante, restera également inefficace. Elle ne produira pas plus d'effet, en définitive, que l'offre qui n'aurait jamais été émise et qui serait demeurée, quant à elle, proprement inexistante.

En l'absence d'offre comme en présence d'une offre inefficace, donc, le contrat, sous la même réserve, ne paraîtra pas, privé du premier de ses deux consentements constitutifs. L'inexistence du contrat trouve ainsi une source majeure dans la défaillance inaugurale de la pollicitation. Et l'acceptation qui prétendrait se donner sans offre préalable se trouverait d'ailleurs elle-même dépouillée de tout effet. Surtout, la volition du pollicitant eût-elle été parfaitement exprimée qu'elle pourrait encore ne pas être proprement acceptée, et l'existence du contrat faillir alors par l'imperfection de la volonté de l'acceptant.

SECTION II

LA VOLONTÉ DE L'ACCEPTANT

175. Inexistence ou nullité de l'acceptation – Seconde à se prononcer, la volonté de l'acceptant n'en est pas moins consubstantielle à l'engagement contractuel que l'était celle de l'offrant. Aussi bien que pour celle-ci, donc, l'inexistence du contrat connaîtra deux causes distinctes, dans l'absence d'acceptation d'une part (Sous-section I), et dans l'acceptation inefficace d'autre part (Sous-section II).

d'arguer, faute d'écrit, d'une apparence de mandat. Une fois l'écrit produit, en revanche, le cocontractant n'est pas tenu de procéder à la vérification matérielle de son authenticité : 3^e civ., 9 nov. 2005, *Bull.*, III, n° 215.

(475) Dans le cas contraire où le cocontractant choisirait de ne pas se prévaloir de sa croyance légitime, il est très généralement admis que celui-ci se trouverait alors investi du droit d'agir en responsabilité contre le représentant apparent. V. ainsi *BGB*, § 179 ; *CO suisse*, art. 39 ; *C. civ. italien*, art. 1398 ; *Conv. sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises*, Genève, 17 févr. 1983, art. 16 ; *Principe Unidroit*, art. 2.2.6 ; *PDEC*, art. 3:204 (2). Il y aurait pourtant lieu de douter que celui qui a fait le choix de son préjudice alors qu'il avait été mis en mesure de l'éviter puisse encore en faire le reproche à celui qui y a participé. Sur cette question, v. égal. *infra*, n° 232, *in fine*.

SOUS-SECTION I

L'ABSENCE D'ACCEPTATION

176. Un acte juridique – L'acceptation est la déclaration de volonté par laquelle le destinataire acquiesce à l'offre qui lui a été faite en vue de former, par ce simple fait, le contrat proposé. Volition nécessaire à la production d'un effet de droit résidant dans la constitution d'un engagement contractuel, l'acceptation répond pleinement à la définition de l'acte juridique⁽⁴⁷⁶⁾.

De cette qualification, il résulte que l'existence de l'acceptation, comme celle de l'offre qui la précède, dépend entièrement de l'intention de son auteur. Pour autant, on constatera que, sous des intitulés communs, les cas de défaillance de l'acceptation ne font pas que reproduire ceux qui menaçaient la pollicitation. On trouvera à le vérifier en l'absence de toute volonté de l'acceptant (§ 1), aussi bien qu'en présence d'une volonté ne valant pas acceptation (§ 2).

§ 1 – L'absence de toute volonté

177. Certitudes et incertitudes – La volonté manquera en droit que son inexistence soit certaine (A) ou son existence incertaine (B).

A - L'INEXISTENCE CERTAINE DE LA VOLONTÉ

178. L'absence de toute expression volontaire – Pour valoir en droit, la volonté doit réunir deux éléments constitutifs : le premier, objectif, exige d'elle de s'exprimer, sous une forme ou sous une autre ; le second, subjectif, requiert que cette expression ait manifesté l'intention réelle de son auteur⁽⁴⁷⁷⁾. La volonté pourrait donc demeurer inexistante pour l'une au l'autre de ces causes : la velléité restée formellement inexprimée serait aussi vaine que la déclaration émise en l'absence de toute intention. La première hypothèse est celle du silence (1) ; la seconde, celle de l'expression involontaire (2).

(476) Sur laquelle, v. *supra*, n° 121, spéc. note 101. Qualifiant d'acte juridique l'acceptation d'une offre de contrat, v. les auteurs préc., *supra*, *ibid.* Adde R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, préc. (*supra*, note 101), n° 554 *ter*, p. 172. La juste définition est donc bien celle de l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, art. 1105-5, al. 1^{er} : « L'acceptation est un acte unilatéral par lequel son auteur exprime la volonté d'être lié dans les termes de l'offre. » *Contra* cep. : J.-L. AUBERT, *op. cit.* (*supra*, note 97), n°s 326 à 331, pp. 301-307, qui préfère voir dans l'acceptation un « fait juridique volontaire ».

(477) Sur ces deux éléments constitutifs de toute volition, v. *supra*, n°s 113 et 118. Cette dualité correspond du reste aux deux éléments, formel et matériel, qui constituent toute chose : v. *supra*, n° 123.

1. Le silence

179. L'acceptation présumée – Le silence ne vaut pas plus acceptation qu'il ne valait offre⁽⁴⁷⁸⁾. Car la liberté contractuelle postule, non pas seulement la faculté d'approuver ou de refuser, mais aussi, et en premier lieu, celle de ne rien approuver ni refuser⁽⁴⁷⁹⁾. Dédurre l'acceptation du silence obligerait chacun à se manifester pour éviter de se trouver pris dans les liens d'un contrat et priverait ainsi la liberté contractuelle de l'une de ses prérogatives : on ne pourrait plus ne rien vouloir. Si le principe de la vacuité juridique du silence n'a, au vrai, pas toujours prévalu, circonscrit à une modernité qui érigea la volonté individuelle au pinacle des intérêts pour y concurrencer celui jusqu'alors omnipotent des corps intermédiaires⁽⁴⁸⁰⁾, il apparaît aujourd'hui aussi bien établi⁽⁴⁸¹⁾ que partagé⁽⁴⁸²⁾, et s'impose tout autant à la prorogation, la reconduction ou la modification du contrat⁽⁴⁸³⁾. Il en résulte que le silence ne peut plus valoir acceptation que par exception, s'il s'accompagne de circonstances de fait propres à le rendre intelligible⁽⁴⁸⁴⁾ ou d'une règle présomptive en ce sens⁽⁴⁸⁵⁾.

(478) V. *supra*, n° 124 et s.

(479) Le silence du destinataire de l'offre ne vaut donc pas non plus refus, sinon celui de choisir. V. ainsi J. BARRAULT, *op. cit.* (*supra*, note 107), p. 87 : « Car il n'est qu'une volonté qu'on puisse déduire directement et nécessairement du silence : celle de ne pas prendre parti ». Adde J.-M. BINOUX, *Silence et inaction dans les actes juridiques*, th. Paris, 1944, pp. 47-50.

(480) Auparavant, on trouvait dans le Digeste des solutions au mieux ambiguës (Dig., L, XVII, 142 : « *Qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est eum non negare* » – Celui qui se tait ne reconnaît certes rien, mais au fond il ne nie pas non plus), au pire nettement contraires (Dig., XIX, II, 13, § 11, à l'endroit des propriétaires gardant le silence face à la jouissance continuée de leur locataire à l'expiration du bail : « *Hoc ipso, quod tacuerunt consensisse videtur* » – En la matière, ceux qui se taisent sont censés consentir) et, à la fin du XIII^e siècle, le pape BONIFACE VIII fit de cette solution particulière une règle générale (*Sextus*, V, XIII, *De regulis juris*, 43 : « *Qui tacet, consentire videtur* »), depuis passée et conservée dans la tradition populaire sous la forme *Qui ne dit mot consent*. La règle décrétale fut pourtant assez tôt amendée par les canonistes d'une précision, « ... *ubi loqui potuit ac debuit* », qui revenait à abolir à peu près la proposition initiale en la limitant « *au cas où l'on peut et l'on doit parler* ».

(481) Depuis un siècle et demi, ce principe n'a cessé de s'affirmer avec toujours plus de force en jurisprudence. Comp. ainsi Civ. 25 mai 1870, *DP* 1870, I, p. 257 ; *S.* 1870, I, p. 341 ; *Les grands arrêts jur. civ.*, préc. (*supra*, note 286), n° 146 ; Req., 26 mai 1908, *DP* 1909, I, p. 425 ; 14 avril 1942, *S.* 1942, I, p. 123 ; Ass. plén., 3 mai 1956, *JCP* 1956, II, 9345, obs. J. G. L. ; Com., 17 févr. 1965, *Bull.*, III, n° 130 ; 1^{re} civ., 5 déc. 1973, *D.* 1974, p. 398, note H. Solus et R. Perrot ; 23 mai 1979, *D.* 1979, IR, p. 488 ; 2^e civ. 21 janv. 1981, *Bull.*, II, n° 14 ; Com., 3 déc. 1985, *Bull.*, IV, n° 289 ; 1^{re} civ., 5 avril 1993, pourvoi n° 91-15602 ; CCC 1993, n° 145, note L. Leveneur : « le silence ne [peut] valoir à lui seul acceptation d'une offre de contrat ». Et encore 1^{re} civ., 16 avril 1996, *Bull.*, I, n° 181 (*RTD civ.* 1996, p. 894, obs. J. Mestre ; *Deffrénois* 1996, p. 1013, obs. Ph. Delebecque), qui casse l'arrêt entrepris au motif que « le silence ne vaut pas, à lui seul, acceptation » ; 3^e civ., 3 nov. 2004, pourvoi n° 03-15624, qui y joint, de surcroît, la définition donnée du contrat à l'article 1101 du Code civil ; Com., 14 mars 2006, pourvoi n° 03-16944, qui exerce sa censure au même motif. V. égal. l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, art. 1105-6.

(482) V. ainsi CVIM, art. 18, § 1, *in fine* : « Le silence ou l'inaction ne peuvent à eux seuls valoir acceptation. », repris par les Principes Unidroit, art. 2.1.6 (1), puis les Principes du droit européen du contrat, art. 2:204 (2). Pour l'affirmation de la règle en droit allemand : *BGH*, 29 sept. 1955, *BGHZ*, n° 18, p. 212. *Contra cep.* : CO suisse, art. 6 ; et encore C. civ. brésilien, art. 432.

(483) V. par ex. 1^{re} civ., 16 avril 1996, préc. (*supra*, note 481). Chez les auteurs, v. spéc. J. BARRAULT, *op. cit.* (*supra*, note 107), pp. 137-141 ; P. DIENER, *op. cit.* (*supra*, note 86), n° 117 à 120, pp. 115-120.

(484) Pour l'expression du principe, v. par ex. 1^{re} civ., 28 févr. 2008, pourvoi n° 06-12349 (*RDC* 2008, p. 709, obs. Th. Genicon) : « Attendu que si le silence ne vaut pas à lui seul acceptation, des circonstances particulières permettent de lui en donner la signification ». Reste que l'appréciation des juges est sujette à variation. Comp. ainsi 1^{re} civ., 24 mai 2005, *Bull.*, I, n° 223 (CCC 2005, n° 165, note L. Leveneur ; *RTD civ.* 2005, p. 588, obs. (suite p. suiv.))

Il faut donc faire justice de cette opinion qui voudrait trouver dans l'**intérêt exclusif** du pollicité une circonstance suffisante pour permettre de déduire l'acceptation de son silence. On doit d'abord l'exclure évidemment si le destinataire a connu l'existence de la pollicitation : en ce cas en effet, il paraît assez raisonnable de penser, *ex eo quod plerumque fit*, que s'il avait voulu accepter le bienfait il aurait répondu, comme le plus souvent, et que son singulier silence dès lors, loin de faire présumer son acceptation, ferait plutôt croire, sinon à un refus, au moins à ce qui est, c'est-à-dire une absence d'acceptation⁽⁴⁸⁶⁾. Mais la même solution doit encore prévaloir lorsque l'intéressé a ignoré l'offre qui lui a été adressée : on ne peut pas, sans porter la plus affligeante des atteintes à l'autonomie de la volonté, préjuger de l'intérêt de chacun à se lier contractuellement avec un tiers⁽⁴⁸⁷⁾. Il suffit d'ailleurs de relever, pour en rester à un simple argument de droit positif, que, en droit français, la donation ne requiert pas moins le consentement du donataire que l'on exige celui de l'acquéreur au contrat de vente, alors que, s'il fallait déduire l'acceptation du seul intérêt, on ferait au contraire de la donation un acte formé, en pratique, par la seule volonté unilatérale du donateur pollicitant. Sous un tel rapport, l'offre vaudrait contrat⁽⁴⁸⁸⁾.

J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2005, p. 1007, obs. D. Mazeaud), qui, tout en réitérant la formule traditionnelle, n'en accueille pas moins l'acceptation dans des circonstances qui ne la révélaient pourtant guère ; et 4 juin 2009, *Bull.*, I, n° 113 (*D.* 2009, *AJ*, p. 1694, obs. I. Gallmeister, et note, p. 2137, par F. Labarthe ; *RDC* 2009, p. 1330, obs. Th. Genicon), qui estime que la reconduction, même silencieuse, s'inférait encore suffisamment des éléments de fait relevés par la cour d'appel, mais au point de faire douter cette fois du caractère véritablement silencieux de la volonté tacitement exprimée.

(485) Pour des présomptions légales de reconduction contractuelle au terme échu, v. *infra*, *eod. num.*, *in fine*.

(486) V. ainsi P. VOIRIN, note préc. (*supra*, note 112), p. 9 : « Accueillir par le silence une offre de donation, n'est-ce pas manifester le peu de cas qu'on fait du bienfait, le dédaigner, en un mot le repousser ? Si, au contraire, le destinataire accepte l'offre, n'est-il pas tout naturel qu'il exprime au bienfaiteur sa reconnaissance ? » Et l'auteur de conclure que la présomption d'acceptation tirée du silence aurait même pour conséquence de favoriser ce comportement bien peu moral qui consisterait pour le gratifié, ainsi exonéré par le droit de l'obligation de formuler quelque réponse, à s'abstenir de remercier son donateur.

Solution salubre par ailleurs, qui permet d'éviter à l'offrant la vexation éventuelle d'un refus expressément déclaré par le gratifié et à cet autre le désagrément de devoir nécessairement déplaire à celui dont on n'accepte point le bienfait et de s'en justifier. *Contra* pourtant : *BGB*, § 516 (2) ; C. civ. italien, art. 1333, *in fine* ; Avant-projet de Code européen des contrats, Académie des privatistes européens, dir. G. Gandolfi, Pavie, 2001, art. 16, al. 3 et 4 ; *Restatement Second on contracts*, § 69.

(487) V. déjà S. VON PUFENDORF, *op. cit.* (*supra*, note 3), t. I, liv. II, chap. III, § XIV, *in fine*, p. 222 : « il n'y a certainement personne qui puisse être chargé plus particulièrement que nous-mêmes de nos propres intérêts. » ; égal. G. ROUHETTE, *op. cit.* (*supra*, note 22), n° 163, p. 495 : « Aucun motif de décliner l'offre ? Qu'en sait-on ? Si, vraiment, l'on se soucie de la volonté du destinataire, à quel titre apprécie-t-on à sa place la situation et prétend-on lui imposer la décision à laquelle on atteint ? » Plus concrètement encore, v. M.-J. LITTMANN, *op. cit.* (*supra*, note 119), n°s 109 à 111, pp. 158-161, spéc. n° 111, p. 160 : « Il est des circonstances dans lesquelles on refuse un avantage offert, il est des personnes auxquelles on ne veut rien devoir, il arrive même que la reconnaissance soit pénible... » Que l'on s'imagine seulement se voir gratifié par un criminel : chacun doit pouvoir apprécier en conscience s'il peut accepter un tel bénéfice. En d'autres cas encore, l'offre objectivement libérale ne constituera plus qu'une offense pour celui que l'on aura voulu ainsi suborner.

(488) Raison pour laquelle les quelques arrêts ayant déduit l'acceptation du seul intérêt du destinataire sont éminemment critiquables. V. en premier lieu Req., 29 mars 1938, *S.* 1938, I, p. 380 ; *DP* 1939, I, p. 5, note crit. P. Voirin, au sujet d'une remise partielle de dette qui serait restée sans réponse... sauf un premier acompte ultérieurement versé ! V. plus sûrement 1^{re} civ., 1^{er} déc. 1969, *Bull.*, I, n° 375 ; *D.* 1970, p. 422, note crit. M. Puech ; *JCP* 1970, II, 16445, note crit. J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1971, p. 164, obs. crit. G. Durry, jugeant qu'une convention d'assistance de nature contractuelle a pu se former entre une personne accidentée gisant inanimée et celle venue à son secours, alors que, non seulement l'intéressé n'a pas eu, par hypothèse, la possibilité de refuser, mais s'il avait pu même accepter cette aide, sa volonté n'aurait probablement pas été de s'engager en droit ; que si tel avait été néanmoins le cas, l'intégrité d'un tel consentement aurait été encore

(suite p. suiv.)

À ce régime, mieux vaut encore éviter de s'obnubiler d'une acceptation inexistante et se contenter d'y voir un quasi-contrat⁽⁴⁸⁹⁾.

Et il va de soi que la volonté du pollicitant n'y peut rien changer : quelles que soient les indications contenues à ce sujet dans son offre, ou la nature même du document qu'il aura pris l'initiative d'envoyer, il ne dispose pas de la faculté de faire que le silence de son destinataire puisse valoir acceptation⁽⁴⁹⁰⁾. S'il a bien le pouvoir d'imposer un mode d'acceptation de son offre, il n'a pas celui d'imposer un mode de refus et de priver ce faisant son interlocuteur de sa liberté de ne rien vouloir ; il peut prescrire dans la voie de l'engagement qu'il propose, mais non dans celle de l'absence d'engagement, qui n'est rien d'autre que le maintien de la situation en cours⁽⁴⁹¹⁾. De sorte que les modifications contractuelles qu'il aura portées sur une **facture** délivrée après paiement⁽⁴⁹²⁾ resteront lettre

sujet à caution ; qu'il n'y trouvait de toute façon aucun « *intérêt exclusif* » dès lors que le seul objet de cette pseudo-convention est de l'obliger à réparer le préjudice subi par son sauveteur ; et que, enfin, les règles de la gestion d'affaire suffisaient à aboutir à ce résultat (v. du reste 1^{re} civ., 16 nov. 1955, *JCP* 1956, II, 9087, note P. Esmein ; *RTD civ.* 1956, p. 356, obs. H. et L. Mazeaud). Rarement, pour toutes ces raisons, un arrêt de la Cour de cassation aura été autant réprouvé. V. ainsi, outre les commentaires précités, les manuels et les traités : P. GODÉ, *op. cit.*, (*supra*, note 39), n° 181, p. 199 ; R. BOUT, « La convention dite d'assistance », in *Études offertes à Pierre Kayser*, PUAM, 1979, t. I, pp. 157-211, n° 26, pp. 181-183 ; S. HOCQUET-BERG, « Remarques sur la prétendue convention d'assistance », *Gaz. Pal.* 1996, doct., pp. 32-40 ; A. SÉRIAUX, « L'œuvre prétorienne *in vivo* : l'exemple de la convention d'assistance », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, pp. 299-311, spéc. pp. 302-303 ; B. GUIDERDONI, *Le forçage du contrat par le juge*, th. Caen, 2002, n°s 190 et 191, pp. 171-174 ; B. PETIT, in *J.-Cl. Civ.*, art. préc. (*supra*, note 75), n° 51, p. 18 ; M.-R. RUBIO, « La convention d'assistance bénévole : critique d'un contrat solidaire », *RRJ* 2007, pp. 1727-1754 ; R. BLOUGH, *Le forçage – Du contrat à la théorie générale*, th. Paris XI, 2008, PUAM, 2011, n°s 44 à 50, pp. 37-43. *Adde* 1^{re} civ., 18 juin 2002, *Bull.*, I, n° 167 ; *Rapp.*, p. 485 ; *D.* 2002, p. 2830, note F. Verdun, et 2003, p. 441, note crit. A. Bernard, qui décide que l'adhésion à une nouvelle assurance de groupe « *qui comporte au moins les mêmes garanties* » peut résulter du silence conservé par l'assuré, alors que la solution paraît s'inférer bien plus directement de l'article L. 140-4 du Code des assurances (art. L. 141-4 actuel, depuis L. 2005-842 du 26 juillet 2005) et se limiter au cas de modification intervenue par le truchement d'un intermédiaire souscripteur auquel il aura été confié ce pouvoir (rapp. l'acceptation des actes du mandataire par le silence du mandant, *infra*, *eod. num.*).

(489) V. en ce sens J. HONORAT, art. préc. (*supra*, note 152), n° 32, p. 688. Rapp. la jurisprudence inaugurée par Ch. mixte, 6 sept. 2002 (préc., note 64), d'après laquelle il s'écarterait de l'article 1371 du Code civil que « l'organisateur d'une loterie qui annonce un gain à une personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa s'oblige, par ce fait purement volontaire, à le délivrer », en l'absence même, selon la Cour, d'acceptation de son bénéficiaire. Il aurait peut-être été moins subversif de se contenter de reconnaître en cette hypothèse l'existence d'une offre apparente acceptée par le destinataire. Sur le problème, v. *infra*, n° 230, spéc. note 869.

(490) Il est toujours pourtant des décisions pour juger le contraire. V. ainsi Com., 26 janv. 1993, pourvoi n° 91-12606 (*D.* 1994, p. 69, note J. Moury ; *RTD civ.* 1994, p. 587, obs. J. Mestre), qui veut voir dans le silence trop longtemps gardé par le bénéficiaire d'une promesse un acquiescement tacitement donné à la volonté manifestée par le promettant de révoquer un engagement prétendument mal compris, alors que le même résultat aurait pu être atteint en jugeant que l'expiration d'un délai raisonnable ouvrait droit au promettant de mettre en demeure le bénéficiaire de lever son option sous peine de révocation.

(491) V. ainsi J. RICOT, *Le refus de contracter*, th. Paris, 1929, pp. 62-63 : « Cette clause est sans valeur, car on ne peut pas obliger à un acte. Le silence est l'expression du droit de ne pas contracter. On est libre, non seulement de refuser le contrat proposé, mais aussi de ne pas manifester ce refus. » Comp. pourtant Com. 21 mai 1951, *Bull.*, II, n° 168, qui approuve une cour d'appel d'avoir estimé qu'une lettre portant à la connaissance du cocontractant des modifications envisagées au contrat « *renfermait mention implicite que son contenu serait réputé avoir reçu assentiment faute d'avis contraire* » pour en déduire, en l'absence de toute contestation, l'acceptation du correspondant.

(492) Ou avant paiement, si celui-ci n'intervient pas. Sont d'ailleurs jugées abusives les stipulations par lesquelles les professionnels imposent aux consommateurs un délai de réclamation au-delà duquel les factures seraient réputées acceptées : CCA, recomm. n° 99-02, § d ; TGI Paris, 21 févr. 2006, n°s 04/02910 et 04/08997, *Assoc. Familles de France et UFC Que Choisir c. Free S.A.S.* Pour le cas de la facture délivrée avant

(suite p. suiv.)

morte à défaut de toute réponse du cocontractant⁽⁴⁹³⁾. De même, une **lettre dite de confirmation** par son auteur ne lui permettra de faire la preuve de l'existence d'un accord antécédent que si son destinataire y acquiesce d'une façon ou d'une autre, car nul ne peut se constituer un titre à soi-même⁽⁴⁹⁴⁾. Sauf convention ou autre règle établie en sens contraire, il ne suffit donc pas pour le président d'une assemblée de demander à chacun des membres présents d'opposer leur refus éventuel à la décision proposée pour démontrer que leur silence vaut acceptation : tout ce que l'on pourra présumer, c'est qu'ils ne s'y seront pas opposés.

S'il est des circonstances de fait qui permettent de prêter sens au silence gardé par le destinataire de l'offre, elles résultent bien plutôt de ce dernier. Il lui suffira ainsi d'avoir préalablement averti le pollicitant de la signification qu'il conviendra de donner à son inaction ultérieure pour déduire de celle-ci sa volonté d'accepter l'offre reçue⁽⁴⁹⁵⁾. C'est du reste en suivant cette solution que l'on trouvera une acceptation dans le silence conservé

paiement consécutif, où il s'agira alors d'attribuer un sens non au pur silence mais au paiement lui-même, v. *infra*, n° 190, *in medio*.

(493) En ce sens, v. par ex. A. ROBERT, *op. cit.* (*supra*, note 319), pp. 152-156 ; J. BARRAULT, *op. cit.* (*supra*, note 107), pp. 141-158, et plus spéc. « De l'acceptation des factures par le silence », préc. (*supra*, note 113), not. p. 351 : « *par le seul fait que deux personnes ont conclu une affaire d'une façon ferme et définitive, il serait permis à l'une d'elles de harceler l'autre de propositions nouvelles tendant à en dénaturer le sens et la portée, sous la menace constante, si elle omet de répondre à une seule de ces offres insidieuses, de s'en voir de plein droit réputée acceptante !* » ; A. RIEG, art. préc. (*supra*, note 117), n° 17, p. 56 ; J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat*, F. Lefebvre, 2001, n° 370, p. 217, et n° 373, p. 218. Et en jurisprudence, v. par ex. 3^e civ., 9 mars 1988, *Bull.*, III, n° 53 ; *RTD civ.* 1988, p. 520, obs. J. Mestre ; 1^{re} civ., 6 nov. 1990, *Bull.*, I, n° 234 ; *CCC* 1991, n° 29, note L. Leveneur. Comp. antérieurement : Com., 1^{er} mars 1961, *Bull.*, II, n° 113, et 1^{er} juin 1964, *Bull.*, II, n° 282. Sur la question, v. encore R. SAVATIER, « La facture et la polyvalence de ses rôles en droit contemporain », *RTD com.* 1973, pp. 1-25, spéc. n° 10. Si le principe est contraire en droit allemand, ce n'est qu'au cas où les parties se trouvent déjà en relation d'affaires et où, en outre, il ne s'agit pas d'une clause « inhabituelle et surprenante » eu égard aux usages prévalant en la matière (v. D. BEN ABDERRAHMANE, *Le droit allemand des conditions générales des contrats dans les ventes commerciales franco-allemandes*, th. Paris II, 1979, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 186, 1985, nos 85 à 87, pp. 64-65, et n° 98, p. 70, note 105) ; ce n'est donc pas tant le silence que la relation d'affaires et l'usage collectif ensemble qui fondent alors la solution (sur quoi v. *infra*, *eod. num.*).

(494) *Contra* pourtant, une jurisprudence déjà ancienne : Req., 14 mai 1912, *DP* 1913, I, p. 281 ; 28 oct. 1919, *S.* 1920, I, p. 20 ; 22 mars 1920, *S.* 1920, I, p. 208 ; 2^e civ., 6 juill. 1966, *Bull.*, II, n° 737. Et ces auteurs : E.-H. PERREAU, « Clauses manuscrites et clauses imprimées », *RTD civ.* 1927, pp. 303-330, spéc. p. 315 ; M. DE LABARRE, art. préc. (*supra*, note 242), p. 70. V. encore cep. Com., 8 févr. 1994, pourvoi n° 92-12640, qui paraît déduire l'acceptation de la vente par l'acheteur du silence conservé par lui à réception des denrées après que le vendeur en eut confirmé la commande et la quotité restant à convenir. Mais il est probable qu'en fait l'*accipiens* ne se soit pas contenté de rester inactif et ait entre-temps procédé à la revente de ces denrées périssables, acceptant de cette façon, plutôt que par une pure inaction, la quotité délivrée. Comp. le droit allemand, qui trouverait dans la lettre de confirmation (*Bestätigungsschreiben*) une exception coutumière au principe selon lequel le silence ne vaut pas acceptation, dans la mesure du moins où on l'oppose à un commerçant après négociation préalable : v. C. WITZ, *op. cit.* (*supra*, note 50), nos 166 et 167, pp. 150-151 ; D. BEN ABDERRAHMANE, *op. cit.* (*supra*, note préc.), nos 78 à 95, pp. 61-69. Solution qui invite donc, si l'on comprend bien, à mener toute négociation par lettres de confirmation, dans l'espoir que son interlocuteur oublie de réfuter l'une d'elles assez tôt.

(495) V. ainsi Com., 11 juill. 1982, *Gaz. Pal.* 1982, II, p. 188. *Adde* 1^{re} civ., 12 janv. 1988, *Bull.*, I, n° 8 (*RTD civ.* 1988, p. 521, obs. J. Mestre), qui va jusqu'à approuver les juges d'appel d'avoir retenu « *qu'en s'imposant un délai pour accepter ou refuser le prix offert par les [acquéreurs], les [promettants] s'étaient obligés à manifester expressément leur désaccord si le prix proposé ne leur convenait pas, et que le silence par eux gardé pendant ce délai valait acceptation du prix* ». Rapp. Com., 19 janv. 1999, pourvoi n° 96-16685, à propos d'un silence maintenu après réservation ; et encore Com., 18 janv. 2011, *Bull.*, IV, n° 3, où un engagement pris sur l'honneur permet de circonstancier le silence conservé par la suite à la réception de l'offre conforme à cet engagement.

par celui qui aura souscrit trop tôt à l'offre qui lui aura été adressée : retournée avant que le pollicitant ne l'ait prévu, son acceptation sera, en droit, privée de tout effet, mais elle permettra de considérer que sa volonté, réputée constante jusqu'à preuve du contraire, aura persisté jusqu'au jour de la réalisation du terme suspensif attaché à l'offre⁽⁴⁹⁶⁾. C'est bien en ce cas son silence, et non une réponse restée juridiquement nulle, qui pourra valoir acceptation⁽⁴⁹⁷⁾.

Le même raisonnement s'applique *a fortiori* au cas où cette prévention résulterait d'un accord des parties. L'agrément qui suspend la formation du **contrat à l'essai** se délivre ainsi dans le silence d'un contractant qui se sera contenté de conserver le *statu quo*⁽⁴⁹⁸⁾. Il semble par ailleurs que le fondement pris d'une telle convention préalable soit la seule justification juridique possible à l'opinion communément admise d'après laquelle un **usage inter partes** suffirait à faire présumer l'acceptation du silence. Car, si le silence ne vaut pas en soi acceptation, on voit mal comment l'habitude aura pu être prise d'accepter par ce moyen : soit il n'y aura eu qu'un pur silence, et celui-ci n'aura jamais pu précédemment valoir acceptation ni, donc, former quelque usage en ce sens, soit il se sera toujours agi en réalité d'un silence suffisamment circonstancié pour valoir acceptation et c'est à ce titre seulement qu'il aura pu constituer un usage entre les parties. Dès lors, si la pratique est établie d'accepter tacitement par un comportement passif qui soit assez signifiant pour valoir comme tel, on doit logiquement conclure, au contraire de l'opinion trop souvent admise, qu'un silence qui serait ultérieurement dépourvu de cet appareil sémantique irait justement à l'encontre de l'usage constitué et *ne* vaudrait donc *pas* acceptation. Il faut nécessairement que, sous couvert de l'usage, les intéressés aient en réalité convenu de présumer l'acceptation pour pouvoir attribuer une telle valeur au silence⁽⁴⁹⁹⁾. Et l'on doit encore écarter l'argument tiré cette fois de l'existence d'une **relation d'affaires** établie

(496) V. *infra*, n° 239, spéc. note 942.

(497) Raison pour laquelle cette acceptation tacite formera le contrat sans rétroactivité. La solution n'est pas exclusive, dans l'attente de la prise d'effet de l'offre initiale, d'une requalification de l'acceptation nulle comme telle en une offre de contracter aux conditions du premier pollicitant, mais avant la date prévue par celui-ci. De sorte que l'auteur de la première offre disposera alors d'une option : soit s'en tenir à sa volonté originaire et attendre l'arrivée du terme suspensif de sa pollicitation pour voir le contrat se former, au risque, entre-temps, d'une rétractation de la volonté de son interlocuteur, soit accepter immédiatement cette contre-offre ainsi requalifiée afin de parfaire l'accord à la date de sa propre acceptation, voire, rétroactivement, de celle de son cocontractant si celui-ci avait cru former immédiatement le contrat.

(498) V. 1^{re} civ., 13 oct. 1998, *Bull.*, I, n° 304 (CCC 1998, n° 161, note L. Leveneur ; *RTD civ.* 1999, p. 376, obs. J. Mestre), qui censure au visa de l'article 1588 du Code civil l'arrêt d'appel qui avait cru pouvoir juger que le silence conservé par l'acquéreur jusqu'au terme de l'essai convenu n'entérinait pas nécessairement celui-ci. En ce même sens déjà : Civ., 10 janv. 1928, *DP* 1929, I, p. 126, note A. Chéron. Et la solution est la même pour l'essai prévu au contrat de travail, dont la continuation se déduit, avant même tout paiement, du comportement passif de l'employeur : v. par ex. Soc., 16 nov. 1993, *Bull.*, V, n° 272 ; *RJS* 1994, n° 128. Pour l'hypothèse contraire dans laquelle l'essai ne serait pas concluant, v. *supra*, n° 158, *in fine*.

(499) C'est bien ce qui ressort de la jurisprudence. V. par ex. 1^{re} civ., 20 mars 1984, *Bull.*, I, n° 106 ; *D.* 1985, p. 494, où ce n'est pas l'habitude prise, pour le client, d'accepter en silence les réparations effectuées par son garagiste qui justifia de l'obliger au paiement de celle qu'il n'avait pas demandée, mais « l'habitude de laisser [le garagiste] libre de procéder aux réparations qu'il jugeait nécessaires », c'est-à-dire l'acceptation anticipée et convenue de toute réparation.

entre les parties⁽⁵⁰⁰⁾. D'ailleurs, le mot est trop imprécis pour fonder quelque solution. Car un simple contrat à exécution successive peut suffire à établir une relation d'affaires⁽⁵⁰¹⁾, sans que l'on sache pourtant que l'on dût en déduire quoi que ce soit quant au silence gardé par l'un en réponse à l'offre nouvelle de son cocontractant⁽⁵⁰²⁾. Une succession de contrats peut également constituer une relation d'affaires, mais on ne conçoit toujours pas comment il serait possible d'en déduire l'acceptation du dernier d'entre eux : accepter cent fois les offres de son partenaire commercial n'implique pas d'en accepter la cent-et-unième, sauf à nier la nature contractuelle de cet échange⁽⁵⁰³⁾. Parfois encore, on ne vise à travers cette expression que l'hypothèse dans laquelle deux partenaires commerciaux auraient régulièrement conclu des contrats de même nature, et ce afin de présumer, non l'existence même de l'acceptation, mais uniquement sa teneur : il ne s'agit plus que de décider si le dernier accord conclu s'est formé aux mêmes conditions que les précédents. Or, même réduit à cet objet, le silence ne permettra toujours pas, à lui seul, d'étendre les conditions des accords antérieurs à celui pour lequel rien n'a été stipulé⁽⁵⁰⁴⁾. Car de deux choses l'une

(500) Arguant de cette relation pour conférer au silence la valeur d'une acceptation, v. par ex. L. GUILLOUARD, *Traité de la vente et de l'échange*, 3^e éd., A. Pedone, t. I, 1902, n° 17, p. 30 ; J. VALÉRY, *op. cit.* (*supra*, note 86), n° 94, p. 95 ; A. DOLBEAU, *op. cit.* (*supra*, note 319), pp. 258-259 ; J.-C. COVIAUX, *L'habitude individuelle dans le droit des obligations*, th. Paris II, 1973, nos 10 à 23, pp. 24-51 ; J. CEDRAS, « L'obligation de négocier », *RTD com.* 1985, pp. 265-290, n° 14, p. 278. *Contra* cep. : B. MAGERAND, *Les relations d'affaires en droit des obligations*, th. Dijon, 2001, PUAM, 2003, n° 247, p. 195. D'autres ne la limitent même pas à la seule relation commerciale : P. DIENER, *op. cit.* (*supra*, note 86), nos 85 et 86, pp. 78-80 ; A. HUET, « Relations habituelles d'affaires et acceptation tacite d'une clause attributive de juridiction en droit international privé », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques – Études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bruylant, 2000, pp. 501-516, spéc. pp. 509-510.

(501) On a même prétendu qu'une simple négociation pourrait suffire à constituer une relation d'affaires : v. en ce sens J. CEDRAS, *loc. cit.* (*supra*, note préc.) ; P. MOUSSERON, « Conduite des négociations contractuelles et responsabilité civile délictuelle », *RTD com.* 1998, pp. 243-271, n° 54, p. 263.

(502) V. ainsi *supra*, *eod. num.*, spéc. note 483, au sujet de l'acceptation de l'offre de modification du contrat en cours. À moins bien sûr que ce contrat prévoie, même implicitement, ce mode d'acceptation : rapp. l'hypothèse, entre autres exemples, des contrats de mandat, de commission ou de gestion de compte, *infra*, *eod. num.*, spéc. note 511 et s.

(503) Tout au plus l'offrant pourra-t-il reprocher au partenaire resté silencieux de ne pas avoir accepté et d'avoir, le cas échéant, rompu ainsi une relation d'affaires établie (*e.g.* C. com., art. L. 442-6, I, 5°) : il pourra bien rechercher sa responsabilité mais non pas forcer directement son acceptation. Et il ne semble pas que l'on puisse autrement admettre que cette relation autorise le pollicitant à décider unilatéralement qu'il tiendra le silence de son partenaire comme valant désormais acceptation (v. pourtant en ce sens M. AUBERT, *op. cit.* (*supra*, note 319), pp. 141-142) : il ne serait pas moins en faute d'avoir soudainement cherché à modifier ainsi l'équilibre de leur relation que ne le serait son interlocuteur d'avoir omis de répondre à son injonction. Comment comprendre dans ces conditions que la Cour de cassation ait pu, au seul motif « *qu'en l'état de ces constatations dont il ressort que l'offre était conforme aux relations habituelles des parties et avait donc été acceptée tacitement* », approuver une cour d'appel d'avoir jugé que le silence du destinataire avait suffi à renouveler le contrat (Com., 15 mars 2011, pourvoi n° 10-16422 ; *RDC* 2011, p. 795, obs. Th. Genicon) ?

(504) 1^{re} civ., 30 juin 1992, *Bull.*, I, n° 203 ; *D.* 1994, p. 169, note Ph. Guez : « la connaissance éventuelle par l'une des parties, à l'occasion d'opérations antérieures, des conditions générales de l'autre partie contenant une clause de juridiction ou la connaissance de l'existence d'une telle clause dans des documents étrangers à l'opération litigieuse ne suffit pas, même au cas de relations d'affaires suivies, à lui rendre opposable cette clause si le contrat n'y fait aucune référence, directement ou indirectement » ; Com., 22 juin 1993, pourvoi n° 91-19148 ; *Bull. transports* 1994, p. 23 : « l'acceptation d'une clause attributive de juridiction opposée par un transporteur maritime ne peut être déduite de l'existence de relations commerciales antérieures entre les parties » ; 1^{re} civ., 18 oct. 2005, *Bull.*, I, n° 377 ; *RTD cin.* 2006, p. 107, obs. J. Mestre et B. Fages : « en se fondant exclusivement sur les relations d'affaires suivies, sans relever que la vente conclue [...] se serait référée, de façon directe ou indirecte, à la clause limitative de garantie, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

en effet : soit les conditions de ces accords successifs ont toujours été spécialement convenues jusqu'alors pour chacun et l'on ne comprendrait par que l'on puisse décider du contraire pour le dernier d'entre eux, soit les conditions contractuelles ont été préalablement adoptées une fois pour toutes au moyen d'un contrat-cadre et seule cette convention-mère justifiera d'en appliquer les dispositions à chacun des contrats passés en exécution⁽⁵⁰⁵⁾.

Impuissant à conférer quelque signification à l'inaction quand il se borne au rapport entretenu entre deux particuliers, l'usage ne vaut guère plus lorsqu'il déborde cette seule relation. L'**usage collectif**, qu'il soit local, commercial, professionnel ou relatif à quelque autre secteur d'activité, ne peut juridiquement pas prétendre disposer *contra legem*. Car, si le principe d'après lequel le silence ne vaut pas acceptation est supplétif, il ne l'est que de la volonté des parties ou du seul intéressé, qui peuvent y déroger⁽⁵⁰⁶⁾, et non pas à l'endroit de toute autre source subordonnée du droit, à laquelle il s'impose évidemment au nom de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté⁽⁵⁰⁷⁾. Ce point paraît d'autant plus assuré à l'égard de l'usage que celui-ci, si l'on veut bien le distinguer de la coutume, n'a à la différence de cette dernière aucun effet dispositif : il ne vaut jamais en matière contractuelle que par incorporation à la convention des parties, qui seraient présumées s'y être référées⁽⁵⁰⁸⁾ ; on conçoit donc mal comment il pourrait précéder l'expression même de cette volonté pour la présumer elle aussi⁽⁵⁰⁹⁾. De fait, dans nombre de cas, le prétendu usage

(505) Tout ce que l'on pourra dire, c'est que la conclusion réitérée aux mêmes conditions de plusieurs contrats de même objet aura éventuellement formé une convention-cadre tacite pour l'ensemble des contrats à venir (en ce sens semble-t-il : 1^{re} civ., 9 janv. 1996, *Bull.*, I, n° 19 ; *Rev. crit. DIP* 1996, p. 731, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1997, p. 173, obs. A. Huet). Mais ce n'est pas la relation d'affaires qui expliquera alors l'incorporation des conditions antérieures aux accords ultérieurs, c'est le contrat-cadre ainsi conclu. Du reste, ce raisonnement, pour justifier des conditions applicables aux contrats à venir, ne justifie plus rien quant à leur conclusion même : un accord-cadre ne préjuge pas – sauf stipulations particulières ici exclues par hypothèse – de l'acceptation des contrats passés en exécution.

(506) Et encore peut-on faire observer que, en fait de pseudo-dérogação, il ne s'agit de rien d'autre que d'une stricte application du principe, puisque la manifestation, même *ex ante*, de cette volonté aura rompu le silence.

(507) Il paraît donc difficile de croire que la coutume elle-même pourrait, ici comme ailleurs, disposer contre la loi. Les quelques exemples par lesquels on prétend traditionnellement illustrer l'hypothèse de la coutume *contra legem* ne s'opposent en réalité à aucune prescription légale : que la donation puisse ne pas se soumettre à la formalité de l'article 931 du Code civil lorsqu'elle opère par tradition immédiate ne revient pas à contredire cette disposition mais seulement à définir son domaine en rappelant qu'il n'a jamais été de l'intention des codificateurs d'imposer cette forme notariée aux donations manuelles ; qu'une autre coutume veuille que les obligations commerciales soient réputées solidaires entre elles, contrairement à la règle générale posée à l'article 1202 du même Code, ne tend qu'à mettre en application l'article 1107 qui le précède, d'après lequel « les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce » ; et ce dernier rapport vaut par conséquent tout autant à l'égard de la règle coutumière de l'anatocisme commercial, qui contredirait de son côté l'article 1154 du Code civil. Mais, précisément alors, peut-on sérieusement prétendre qu'une coutume prévaudrait en droit commercial qui réputerait toute proposition acceptée à défaut d'être refusée ?

(508) V. not. en ce sens M. PÉDAMON, « Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial ? », *RTD com.* 1959, pp. 335-357, n° 16, p. 346, puis *Droit commercial*, 2^e éd., Dalloz, 2000, n°s 14 à 18, pp. 14-17 ; A. KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce*, LGDJ, 1984, n°s 201 à 255, pp. 124-136 ; G. HÉNAFF, *Les usages en droit des obligations*, th. Bordeaux I, 1993, n°s 89 à 96, pp. 144-156.

(509) Les décisions rendues en ce domaine paraissent si peu s'accorder à une même solution qu'il serait bien aventureux de prétendre en appeler à une quelconque jurisprudence. V. ainsi, d'un côté : Req., 23 mai 1900, *DP* 1901, I, p. 269 ; 22 mars 1920, *S.* 1920, I, p. 208 ; 15 mars 1944, *S.* 1945, I, p. 41, qui invoque « la coutume
(suite p. suiv.)

invoqué au soutien de l'acceptation tacite n'œuvre en réalité pas seul, au point que le consentement s'inférera bien moins de l'usage que des circonstances qui l'environnent⁽⁵¹⁰⁾.

Parmi celles-ci, il pourra suffire que les parties en relation soit liées par un accord qui, sans régler spécifiquement la question⁽⁵¹¹⁾, implique néanmoins, par son objet, d'attribuer cette valeur au silence. Il en va notamment ainsi lorsque la convention fait peser sur l'une des parties une obligation d'information périodique envers l'autre et que ces notifications doivent faire l'objet d'une réception juridique de la part de leur destinataire. Tel est bien le cas du contrat de **mandat**, ou de commission, en vertu duquel le représentant est tenu de rendre régulièrement compte de sa gestion à son mandant, ou commettant. On peut parfaitement estimer en effet que, en conférant à son représentant le pouvoir d'agir pour son compte, le mandant lui accorde une confiance suffisante pour ne pas vouloir soumettre à son acquiescement particulier chacun des actes de gestion ainsi effectués dans les limites de la mission confiée⁽⁵¹²⁾, mais en conserver seulement le contrôle et la possibilité, le cas échéant, de faire connaître ses réserves ou son opposition : le silence doit ainsi pouvoir valoir approbation du compte périodiquement rendu. De sorte que la même présomption pourrait également valoir pour le contrat de **gestion de compte** qui n'emporterait aucune représentation : le titulaire qui confie à un tiers la charge de tenir le compte de ses opérations patrimoniales n'entend probablement pas s'obliger à approuver expressément chacun des relevés de compte qui lui sera adressé en exécution de cette mission. C'est donc en vertu de cette convention préalable, et en aucun cas d'un quelconque usage catégoriel

commerciale selon laquelle il est fait un devoir de protester lorsque les lettres de confirmation ne sont pas conformes à la convention, faute de quoi le silence acquiert la valeur d'un aven » ; Civ., 2^e sect., 6 mai 1954, *Bull.*, II, n° 165 ; Com., 9 janv. 1956, *Bull.*, III, n° 17, qui approuve la cour d'appel d'avoir relevé « *qu'en sa qualité de commissionnaire, [celui-ci] ne pouvait ignorer l'usage [...] selon lequel le fait, pour un professionnel, de recevoir un avis confirmatif d'une commande et de pas y répondre télégraphiquement dans les vingt-quatre heures, équivaut à une ratification tacite de la commande* » ; 25 janv. 1972, *D.* 1972, p. 423, à propos « *d'un usage général qui s'imposait aux parties, à défaut de conventions contraires* ». Mais comp., d'un autre côté : Com., 8 oct. 1956, *Bull.*, III, n° 225 ; 8 oct. 1991, pourvoi n° 89-15193, CCC 1992, n° 1, note L. Leveneur, qui exerce sa censure pour manque de base légale au motif qu'un usage commercial « *ne peut être retenu que lorsque les parties ont entendu expressément l'adopter* » ; 8 déc. 1992, *Bull.*, IV, n° 399, qui va, contre la lettre de l'article 1135 du Code civil, jusqu'à dénier même tout effet interprétatif à l'usage, reprochant à la cour d'appel d'avoir interprété une clause du contrat d'après un usage constant en la matière alors que les parties ne s'y étaient pas expressément référées.

(510) E.g. lorsque l'usage intervient, non pour tirer directement l'acceptation du silence, mais pour interpréter la volonté des parties de façon à déduire de leur accord l'intention de conférer au « *courtier* » commis le pouvoir de conclure le contrat négocié, sous réserve de l'absence de protestation des contractants : Com., 13 mai 2003, *Bull.*, IV, n° 82 ; CCC 2003, n° 124, note L. Leveneur ; RTD civ. 2003, p. 727, obs. P.-Y. Gautier ; *D.* 2004, p. 414, note J.-M. Bahans et M. Menjucq.

(511) Sur quoi v. déjà l'hypothèse du contrat-cadre rencontrée plus haut, *eod. num.*, spéc. note 505.

(512) Raison pour laquelle le silence peut valoir acceptation – c'est-à-dire, plus précisément, ratification – des opérations figurant sur un avis d'opéré délivré par le mandataire : Com., 15 mai 2007, pourvoi n° 06-11953, au fondement de l'usage encore. Au contraire, les actes réalisés au-delà du pouvoir convenu doivent quant à eux faire l'objet d'une ratification spéciale – celle-ci acceptation véritable – qui exclut alors que le simple silence puisse valoir comme telle. V. ainsi Com., 12 janv. 1999, *Bull.*, IV, n° 7 ; JCP 1999, II, 10070, note B. Petit ; B. Petit, « Responsabilité du banquier dépositaire de titres », *RDB* 1999, p. 83 ; *D.* 2000, p. 239, note D. Fiorina, au sujet de l'absence de contestation formulée par le client à réception d'un avis d'opéré l'informant de l'acquisition de titres réalisée pour son compte à l'initiative de la banque ; 31 oct. 2006, n° 05-14377, au cas où « *le banquier [...] procède sans mandat à des opérations sur les avoirs de son client* ». V. égal. en ce sens M. STORCK, « Le silence du client après réception d'un avis d'opéré portant sur des opérations de bourse », *RDB* 1992, pp. 12-16.

qui contredirait les premiers principes du droit des obligations⁽⁵¹³⁾, que l'on peut admettre que le silence gardé à réception d'un relevé de compte bancaire puisse valoir acceptation des opérations inscrites sur celui-ci⁽⁵¹⁴⁾. La présomption reste toutefois plus discutable à l'égard des intérêts, honoraires, commissions et toutes autres formes de rémunération que le gérant aura prélevées sur ce compte : ces opérations ne relèvent plus en effet de l'obligation de bonne gestion mais bien plutôt de l'obligation réciproque du titulaire de rémunérer son prestataire. Dès lors, et à moins que la forme et le montant de cette rémunération n'aient été préalablement convenus entre les deux parties, il paraît difficile d'admettre qu'un établissement bancaire puisse arguer du silence de son client pour, en définitive, s'autoriser unilatéralement à débiter à son profit le compte qui lui a été confié⁽⁵¹⁵⁾. Il devrait donc rester nécessaire, pour toute opération qui ne résulte d'aucun ordre de passation, de stipuler dans la convention d'ouverture de compte que le silence conservé à réception des relevés notifiés vaudra acceptation⁽⁵¹⁶⁾.

(513) Usages *contra legem* qui suivraient d'ailleurs une singulière tendance à s'épanouir en matière bancaire. V. ainsi la remarquable constance des banques à exciper de la force obligatoire de leurs usages pour justifier, entre autres pratiques, de celle dite des dates de valeur (censurée par la Cour de cassation : Com., 6 avril 1993, *Bull.*, IV, n° 138 ; *JCP* 1993, II, 22062, note J. Stoufflet ; *D.* 1993, p. 310, note Ch. Gavalda ; *RTD com.* 1993, p. 549, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié), de la référence à une année calendaire réduite à 360 jours dans le calcul des intérêts (désavouée également : Com., 10 janv. 1995, *Bull.*, IV, n° 8 ; *D.* 1995, p. 229, note Ch. Gavalda ; *JCP* 1995, II, 22475, note F. Auckenthaler ; *Banque*, févr. 1995, p. 93 ; *Banque & Droit*, janv.-févr. 1995, n° 39, p. 3, art. Th. Samin), d'une acceptation tacite suffisant à valoir écrit au sens de l'article 1907 du Code civil (approbatifs : Com., 18 févr. 2004, *Bull.*, IV, n° 38 ; *Rapp.*, p. 318 ; et 14 déc. 2004, *Bull.*, IV, n° 228 ; *Rapp.*, p. 309), ou pour s'épargner encore la charge de prouver la réception des avis adressés à leurs clients (sur quoi, v. *infra*, *eod. num.*, spéc. note 516).

(514) C'est-à-dire renonciation à contester leur existence, mais non pas leur validité ou toute autre inexactitude que le titulaire n'aura pu observer à la lecture du relevé. L'approbation laisse en effet ouverte l'action en redressement de compte (C. proc. civ., art. 1269). Il demeure que, même dans cette mesure, l'effet juridique produit par cette approbation suffit à laisser voir en elle l'acceptation constitutive d'un accord de nature contractuelle (v. la définition proposée du contrat, *supra*, n° 12).

Certaines décisions ont prétendu fonder cette acceptation tacite sur un usage bancaire (*e.g.* Com., 14 avril 1975, *Bull.*, IV, n° 97), peu important du reste que les clients pussent tout en ignorer. Mais la jurisprudence paraît avoir aujourd'hui renoncé à cette explication : v. par ex. Com., 10 mai 1994, *Bull.*, IV, n° 170 ; *RDB* 1994, p. 262, obs. F. Crédot et Y. Gérard ; *RTD com.* 1994, p. 533, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ; 13 mai 1997, *Bull.*, IV, n° 128.

(515) Récusant toute acceptation par le silence en cette hypothèse : Com., 21 déc. 1981, *D.* 1981, IR, p. 129 ; *JCP CI* 1983, 13939, n° 26, obs. Ch. Gavalda et J. Stoufflet ; 1^{re} civ., 7 nov. 1984, *JCP CI* 1985, 14576, n° 30, obs. Ch. Gavalda et J. Stoufflet. Et chez les auteurs : Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, Litec, 6^e éd., 2005, n° 260, p. 178. *Contra cep.* : Com., 28 févr. 1989, *Bull.*, IV, n° 74, à propos d'un d'intérêt de retard jamais convenu ; 9 mars 1999, *Bull.*, IV, n° 54, pour le taux des intérêts de découvert ; 16 janv. 2001, pourvoi n° 97-15977, au sujet de la fixation d'un taux d'intérêt dû au moins dans son principe.

(516) Sous réserve, par ailleurs, du caractère éventuellement abusif d'une telle stipulation à l'encontre d'un client non professionnel (C. consom., art. L. 132-1). Quoique si l'on relève que les contrats en cause sont généralement conclus pour une durée indéterminée et que les établissements de crédit ne peuvent guère menacer de leur résiliation pour forcer à l'acceptation de modifications tarifaires, on sera moins enclin à censurer pour « déséquilibre significatif » cette clause d'acceptation tacite. V. d'ailleurs en ce sens l'annexe au C. consom., art. L. 132-1, point 2, b. Une telle stipulation est de toute façon devenue inutile depuis que la loi dispose qu'au cas « de modification du tarif des produits et services faisant l'objet d'une convention de compte de dépôt [...] L'absence de contestation par le client [...] vaut acceptation du nouveau tarif. » (C. mon. et fin., art. L. 312-1-1, I, al. 6, *in fine*, issu de L. 2001-1168 du 11 déc. 2001). Si la Cour de cassation a malgré tout invalidé cette clause comme étant abusive, c'est seulement pour ce qu'elle est susceptible d'induire le client en erreur et non pour sanction du principe même de cette acceptation tacite. V. ainsi 1^{re} civ., 8 janv. 2009, pourvoi n° 06-17630, qui juge « qu'une telle clause, qui postule l'approbation des écritures et opérations à l'expiration du délai prévu, est de nature à susciter ou entretenir la conviction du titulaire du compte qu'il se trouve privé de la possibilité de les contester, alors

Hors ces quelques circonstances, la présomption d'acceptation ne pourra résulter que de la loi. Certaines dispositions attribuent en effet cette valeur au silence, et il en va notamment ainsi de l'absence d'opposition des coïndivisaires à la prise en main de la gestion des biens indivis par l'un d'eux, réputée valoir acceptation de l'offre de mandat émise par ce gérant de fait (C. civ., art. 815-3, dern. al.) ; de la même passivité adoptée pour le même effet par celui des époux qui observera la gestion entreprise de ses biens propres par son conjoint (art. 1432 et 1540) ; ou encore du silence conservé par les créanciers hypothécaires à l'offre de purge faite par l'acquéreur (art. 2481)⁽⁵¹⁷⁾. Le plus souvent cependant, la loi instaure sa présomption en réponse à une offre, même tacite, de prorogation, de reconduction ou de modification d'un contrat antérieurement constitué. Il suffit d'évoquer pour exemple l'hypothèse, déjà rencontrée⁽⁵¹⁸⁾, du silence opposé par le bailleur à la demande de renouvellement, voire de déspecialisation, manifestée par le preneur⁽⁵¹⁹⁾ ; de celui observé par le salarié face à la proposition de modification du contrat de travail pour motif économique (C. trav., art. L. 321-1-2, al. 3) ; du comportement passif

même qu'il n'aurait pu en connaître l'inexactitude qu'au-delà du délai, et, partant, a pour objet et pour effet d'entraver l'exercice par le consommateur de son droit d'agir en justice ». Comp. lorsque la clause d'acceptation tacite porte, non sur des relevés de compte, mais sur des factures : *supra*, n° 179, spéc. note 492.

Les banques pourraient toujours avoir intérêt à stipuler un aménagement probatoire aux termes duquel il leur suffira de prouver l'émission et l'expédition du relevé de compte pour en présumer la bonne réception. Car le droit commun fait peser sur le débiteur d'une obligation d'information la charge de prouver que son destinataire en a effectivement pris connaissance (raison pour laquelle une mise en demeure s'accompagne d'un avis de réception). On peut donc s'étonner que la Cour de cassation exonère les banques, en l'absence même de toute prévention contractuelle, de la nécessité de s'assurer de la réception des relevés adressés à leurs clients, limitant ainsi *de facto* leur obligation d'information à une simple obligation d'expédition. V. ainsi, au sujet de l'information annuelle de la caution (C. mon. et fin., art. L. 313-22) : 1^{re} civ., 25 nov. 1997, *Bull.*, I, n° 326 (*D. Aff.* 1998, p. 23, note X. D. ; *RTD civ.* 1998, p. 155, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 1998, p. 185, obs. M. Cabrillac), qui juge qu'« *il n'incombe pas à l'établissement de crédit de prouver que la caution a effectivement reçu l'information envoyée* » ; Com., 17 oct. 2000, *Bull.*, IV, n° 154 (*D.* 2001, SC, p. 698, obs. L. Aynès ; *JCP E* 2001, p. 1834, note P. Bouteiller), qui adopte la même formule ; 1^{re} civ., 2 oct. 2002, *Bull.*, I, n° 225 (*D.* 2002, AJ, p. 3011 ; CCC 2003, n° 21, note L. Leveneur), qui rappelle « *qu'il incombe seulement à l'établissement de crédit de prouver qu'il a effectivement adressé à la caution l'information requise et non d'établir au surplus que la caution l'a effectivement reçue* » ; et encore Com., 28 nov. 2004, n° 03-14377, qui estime que, si l'établissement de crédit ne peut se contenter de verser une copie des lettres d'information adressées aux cautions, la preuve de l'envoi de ces lettres suffit néanmoins. En somme, le risque du transport pèse sur le destinataire, dans la mesure où celui-ci demeure dans l'impossibilité matérielle de prouver qu'il n'a jamais reçu le courrier envoyé. Faut-il donc considérer que la négligence éventuelle du client, qui ne se sera pas inquiété de ne pas avoir reçu son relevé périodique, pourrait couvrir celle, originaire, du gérant qui ne sera pas assuré de la bonne réception de l'information transmise ?

(517) Rapp. en une matière extra-contractuelle : C. civ., art. 772, al. 2, qui déduit l'acceptation de la succession du silence gardé par l'héritier à réception de la sommation de prendre parti. V. encore le droit administratif, où la règle ne cesse de s'étendre selon laquelle le silence conservé un temps, le plus souvent deux mois, vaut délivrance de l'autorisation qui conditionne l'exercice des droits de l'administré : le nombre de ces acceptations tacites s'élevait déjà à plus de quatre cents en 1999 (d'après J.-P. AMOUDRY, rapp. Sénat, n° 248, 3 mars 1999, p. 56). Et si le principe demeure contraire lorsqu'il s'agit de former un contrat, il est néanmoins un cas dans lequel le silence de la personne publique suffira à constituer sur sa tête un rapport contractuel : « *Le silence du pouvoir adjudicateur gardé pendant vingt et un jours [...] vaut acceptation du sous-traitant* » (C. marchés publ., art. 114, 4°, rédact. décr. 2006-975 du 1^{er} août 2006, et issu du décr. 85-212 du 15 févr. 1985).

(518) V. déjà *supra*, n° 119, spéc. note 83.

(519) C. civ., art. 1738 et 1759 ; C. com., L. 145-9 et L. 145-10, al. 4, *in fine*, et art. L. 145-49, al. 3, pour l'acceptation tacite de la demande de déspecialisation du bail commercial. Rapp. égal. L. 89-462 du 6 juill. 1989, art. 10, et C. rur., art. L. 411-50 et L. 411-55.

de l'assureur à la proposition de son assuré de proroger, reconduire ou modifier leur contrat (C. assur., art. L. 112-2, al. 5) ; de l'inaction du client à réception du courrier par lequel la banque l'avise d'une modification de ses tarifs (C. mon. et fin., art. L. 312-1-1, I, al. 6, *in fine*) ; et même, semble-t-il, de l'absence de réaction du consommateur au projet communiqué par le prestataire de modifier les conditions de la « *fourniture d'un service de communications électroniques* » (C. consom., art. L. 121-84, al. 1^{er})⁽⁵²⁰⁾.

Si la plupart de ces présomptions peuvent encore faire fonds de situations rendant effectivement plausible l'existence d'une volonté, à défaut de la rendre tout à fait probable, on ne méconnaîtra cependant pas que, ce faisant, cette dernière surgira plus sûrement de l'artifice juridique que du fait constaté.

180. L'acceptation imposée – Devenue irréfragable, la présomption d'acceptation n'établirait rien de mieux qu'une fiction de volonté ; plus que proprement présumée, l'acceptation est alors contrefaite. En lieu de contrats, il ne peut plus s'agir en réalité que de *quasi-contrats* constitués par autorité de la loi⁽⁵²¹⁾.

De ce phénomène que l'on voudrait naturellement exceptionnel, le droit offre pourtant de nombreuses illustrations. Le droit rural donne ainsi pouvoir au préfet régulièrement saisi de forcer à la constitution d'un bail à ferme sur la tête du propriétaire d'un fonds inexploité (C. rur., art. L. 125-6)⁽⁵²²⁾ ; le droit des sociétés cotées sur marchés réglementés permet aux actionnaires détenant, seul ou de concert, quatre-vingt-quinze pour cent des droits de vote d'exclure les actionnaires minoritaires en les réputant acceptants d'une offre publique de retrait⁽⁵²³⁾, et la même prérogative s'exerce, à d'autres conditions, au sein de certaines sociétés d'exercice libéral⁽⁵²⁴⁾ ou, à l'inverse, au bénéfice des associés retrayants de sociétés civiles professionnelles (L. 66-879 du 29 nov. 1966, art. 21)⁽⁵²⁵⁾ ; l'établissement désigné par

(520) Puisque, selon cette disposition (rédict. L. 2004-669 du 9 juill. 2004), le client qui n'aurait pas expressément accepté cette modification ne disposerait du droit de résilier sans pénalité le contrat en cours que dans un délai de quatre mois suivant l'entrée en vigueur des nouvelles conditions. De deux choses l'une donc : soit la modification contractuelle n'intervient à l'expiration de ce délai qu'à la condition d'avoir pu rencontrer l'acceptation tacite du client, qui aura par exemple procédé au paiement du prix nouvellement augmenté par le prestataire (si tant est que celui-ci ne se paye pas, comme souvent, par prélèvements automatiques), soit, comme il est à craindre, cette modification pourrait s'imposer au cas même où le consommateur aura conservé le plus complet silence. Déplorable en cette dernière hypothèse, la disposition est encore inadmissible en la première car, en toute circonstance, la prohibition des engagements perpétuels commande de pouvoir résilier sans frais un contrat à durée indéterminée, quand bien même viendrait-on d'en accepter la modification.

(521) Sur cette qualification, v. déjà *supra*, n° 127, *in fine*.

(522) Ce bail n'est donc pas plus contractuel que ne l'est celui imposé par le juge du divorce (v. *supra*, n° 127, spéc. note 138).

(523) C. mon. et fin., art. L. 433-4, et Règl. AMF, art. 237-1 et s. De fait, la cession intervient alors sans leur consentement, même forcé (v. ainsi Règl. AMF, art. 237-10, al. 2). On trouve ici le pendant de la faculté réciproquement accordée à l'actionnaire minoritaire de forcer au rachat de ses titres par cette même majorité (v. *supra*, n° 127, spéc. note 136).

(524) V. not. C. santé publ., art. R. 4113-16, pour les sociétés d'exercice libéral de médecins, de chirurgiens-dentistes ou de sages-femmes.

(525) Même si l'associé doit encore agir en justice pour forcer la cession : 1^{re} civ., 7 févr. 2006, *Bull.*, I, n° 62 ; D. 2006, AJ, p. 721, obs. A. Lienhard.

la Banque de France sera tenu d'ouvrir un compte de dépôt au requérant sans que son consentement, même forcé, soit semble-t-il attendu (C. mon. et fin., art. L. 312-1, al. 2)⁽⁵²⁶⁾. Le Code civil lui-même est plus explicite encore lorsqu'il dispose que, au cas d'aggravation de la charge de la servitude, le « *propriétaire du fonds assujéti [...] pourrait offrir au propriétaire de l'autre fonds un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits, et celui-ci ne pourrait pas le refuser.* » (C. civ., art. 701, al. 3) : on ne peut exprimer plus clairement que le destinataire de l'offre est réputé l'accepter, qu'il le veuille ou non.

D'autres hypothèses démontrent pourtant que la fiction contractuelle ne s'impose pas : si l'on force toujours en celles-ci le consentement, il ne paraît plus en effet que ce soit pour prétendre former quelque convention. La loi distingue nettement ainsi entre l'expropriation ordonnée par décision de justice et celle résultant d'un accord amiable (CECUP, art. L. 12-1 et L. 13-1)⁽⁵²⁷⁾, et si le régime de la réquisition renvoie parfois à celui du louage de chose ou d'ouvrage⁽⁵²⁸⁾, on aurait tort d'en déduire que la loi entendrait en faire un contrat de louage pour autant. Il n'apparaît pas non plus que procéderaient d'une analyse contractuelle la cession forcée par laquelle le voisin acquiert la mitoyenneté d'un mur à la condition d'en payer la moitié de son coût à son propriétaire (C. civ., art. 660 et 661) ni l'abandon du fonds servant décidé par le propriétaire tenu sinon d'engager des travaux à fin de conserver la servitude en son usage (art. 699)⁽⁵²⁹⁾. Et il en va de même lorsque la loi impose à la personne mise en examen l'assistance d'un avocat commis d'office au cours de l'audience de mise en détention provisoire (C. proc. pén., art. 145, al. 5) : nulle part cette disposition n'envisage d'y voir, de près ou de loin, un rapport contractuel⁽⁵³⁰⁾. De sorte qu'en toutes ces hypothèses, il n'y a ni pseudo ni quasi-contrats, mais seulement l'institution d'un rapport purement légal qui n'usurpe rien du régime contractuel⁽⁵³¹⁾.

Argué ou pas, le contrat ancré sur la volonté fictive de l'acceptant est en vérité inexistant. Et s'il en est ainsi au cas où ce contractant prétendu n'a rien exprimé, la conclusion ne vaut pas moins lorsque la déclaration point hors sa volonté.

(526) À des conditions par ailleurs telles que l'on pourra encore, pour cette autre raison, douter de la nature proprement contractuelle de la relation. V. ainsi C. mon. et fin., art. D. 312-5, qui détaille les obligations du dispensateur de ce service bancaire, et art. D. 312-6, qui en prévoit la gratuité. Sur le principe de la requalification du contrat entièrement réglementé, v. *supra*, n° 128.

(527) Et même lorsque l'expropriation intervient sur accord amiable des intéressés, la loi ne la qualifie pas de vente, considérant que, si les parties s'entendent sur ses modalités, le principe du transfert de propriété n'en reste pas moins acquis avec ou sans le consentement de l'exproprié. Rejetant ainsi, même en cas d'accord, toute analyse contractuelle en ce domaine : R. MOREL, art. préc. (*supra*, note 133), n° 1, p. 118.

(528) V. par ex. C. constr. et habit., art. L. 642-14 (rédict. L. 98-657 du 29 juill. 1998), pour l'application à la réquisition de logements des dispositions du Code civil relatives au bail.

(529) En ce sens, v. par ex. P. DURAND, « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », préc. (*supra*, note 133), n° 23, pp. 92-93.

(530) *Adde*, plus explicitement encore, C. proc. pén., art. D. 49-50 (rédict. décr. 2004-1364 du 13 déc. 2004), pour l'audience du mineur devant le juge de l'application des peines, spéc. al. 3 : « *Le mineur ne peut renoncer à l'assistance d'un avocat.* »

(531) Seule la réquisition de logements pourrait faire exception, la loi renvoyant alors, même de façon supplétive, au régime du contrat (v. *supra*, *eod. num.*, spéc. note 528).

2. L'expression involontaire

181. Une volition forcée ou égarée – La déclaration ne s'exprime pas nécessairement comme le produit d'une volonté : il peut en effet y avoir déclaration sans volonté. On trouve à le vérifier lorsque, au-delà de l'apparence qu'il aura provoquée⁽⁵³²⁾, l'auteur ne se sera déclaré que par contrainte (a) ou par mégarde (b).

a. L'émission par contrainte

182. La contrainte physique – À la différence de la contrainte psychologique, qui repose sur la seule menace, la contrainte physique oblitère totalement le processus volitif⁽⁵³³⁾. Il est d'abord possible en effet, au moins intellectuellement, de concevoir que la main de l'acceptant soit physiquement forcée pour reproduire le seing qu'elle a l'habitude de former⁽⁵³⁴⁾. En un tel cas, la volonté exprimée à corps défendant n'est plus celle qui l'habite mais celle du tiers qui le manipule ; de sorte que celui qui aura ainsi contraint le signataire ne pourra pas se prévaloir du fait que la signature fut bien inscrite de la main de l'auteur, car il demeurera qu'elle n'aura pas été produite par sa volonté. Mais, le plus souvent, la contrainte matérielle s'exercera par l'effet d'un événement fortuit qui, forçant le destinataire de l'offre à adopter en réponse quelque comportement, le poussera ainsi à déclarer par là son acceptation.

Il ne s'agit donc pas en l'hypothèse de contraindre la volonté à sa source, en forçant sa délibération : c'est son résultat même que l'on provoque, abstraction faite de toute volonté. Si bien que l'acceptant ainsi forcé ne disposerait pas seulement d'une action en nullité relative mais d'une action en constat d'inexistence.

183. La contrainte juridique – Contrainte par le droit, en revanche, la volonté ne l'est plus que psychologiquement, sous la menace d'une sanction fulminée pour briser le refus. Le contrat, ici véritablement forcé, n'est donc plus totalement fictif ni nécessairement réglementé⁽⁵³⁵⁾ : il existe bien comme tel, même si le législateur en corrompt la formation en profanant la liberté contractuelle garante de l'autonomie de la volonté⁽⁵³⁶⁾. En vertu du droit commun, le consentement n'est plus ici inexistant mais vicié. Le refus, rendu pratiquement improbable, demeure juridiquement possible et efficace : il est le témoin d'une volonté résistante, et comme telle existante.

Outre les exemples déjà rencontrés⁽⁵³⁷⁾, qui pour la plupart valent autant pour l'offrant que pour l'acceptant⁽⁵³⁸⁾, on trouve un certain nombre de dispositions qui paraissent forcer

(532) Sur cette exception de volonté apparente, v. *supra*, n° 118, spéc. note 69, et plus gén. *infra*, n° 229 et s.

(533) V. *supra*, n° 131.

(534) V. les auteurs cités *supra*, *ibid.*, note 214.

(535) Comp. *supra*, nos 127 et 180, pour le contrat fictif, et n° 128, pour le contrat réglementé.

(536) V. déjà *supra*, n° 132, *in limine* et *in fine*.

(537) V. *supra*, n° 132, *in medio*.

plus spécialement à l'acceptation qu'à la volition contractuelle en général. Ainsi, l'article 54 de la loi du 1^{er} septembre 1948 sanctionne toujours pénalement « *Toute personne convaincue d'avoir refusée de louer à un locataire éventuel, en raison du nombre de ses enfants, un des locaux visés par la présente loi, alors qu'il était vacant* », ajoutant à l'alinéa suivant que « *En outre, l'auteur de l'infraction sera tenu de consentir à la famille évincée, pour une durée minimum de trois ans, un bail sur l'immeuble refusé* ». Ailleurs, le Code de la consommation dispose semblablement à son article L. 122-1 qu'« *Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime* », de sorte que le professionnel sera tenu, s'il ne fait pas connaître ses conditions, d'accepter au moins l'offre raisonnable qui lui sera adressée, sous peine de se rendre coupable d'un refus de vente constitutif d'une contravention de la cinquième classe (C. consom., art. R. 121-13, 2^o). Entre professionnels même, ce comportement pourra trouver sa sanction en tant qu'abus de position dominante s'il est le fait d'une entreprise occupant cette position sur un marché de ressources essentielles⁽⁵³⁹⁾. Le Code des assurances contraint pour sa part les assureurs d'accepter, sous la menace d'une sanction pécuniaire ou d'un retrait d'agrément, de couvrir les risques soumis à une obligation d'assurance, qu'il s'agisse de garantir la responsabilité civile des conducteurs de véhicules terrestres à moteur (C. assur., art. L. 212-1 à L. 212-3), celle des constructeurs de bâtiments (art. L. 243-4 à L. 243-6) ou celle encore des professionnels de la santé (art. L. 252-1 et L. 252-2). Les médecins à leur tour, tenus par leur devoir de secours, se voient obligés de répondre à la demande des patients⁽⁵⁴⁰⁾ qui viennent les solliciter dans l'urgence et ainsi tenus de former autant de contrats de soins (C. déont. méd., art. 47 – C. santé publ., art. R. 4127-47)⁽⁵⁴¹⁾. Et c'est la même obligation qui est faite aux avocats commis d'office s'ils ne peuvent faire valoir aucun motif légitime pour refuser de représenter le client qui leur aura été désigné (L. 71-1130 du 31 décembre 1971, art. 9, et décr. 2005-790 du 12 juill. 2005, art. 6, al. 2). N'est-ce pas du reste part de la charge qui incombe ailleurs aux officiers ministériels que d'accepter les missions que leur soumettent leurs clients⁽⁵⁴²⁾ ? Les chauffeurs de taxis eux-mêmes, en vertu encore du caractère public

(538) À l'exception peut-être du contrat d'accueil et d'intégration, qui paraît plus clairement forcer l'acceptation que l'offre. On se contentera ici de renvoyer son examen à celui déjà fait, mieux situé, au sein de ses homologues, *supra, ibid.*

(539) V. not. CJCE, 6 mars 1974, aff. 7/73, *Commercial Solvents Corp. c. Comm.*, § 25, et 3 oct. 1985, aff. 311/84, *CBEM c. CLT*, § 26.

(540) Demande qui s'analyse juridiquement en une offre : v. *supra*, n° 119, spéc. note 77.

(541) On pourrait certes tout aussi bien, sinon mieux, contester l'existence d'un contrat médical à la formation duquel les deux parties se sont vues attirées, l'une pressée par son mal, l'autre par son devoir. Rejetant toute idée de contrat au cas de soins urgents, v. ainsi J.-Ch. SERNA, *Le refus de contracter*, th. Paris, 1965, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 76, 1967, p. 41.

(542) Sauf à considérer que leur ministère, et la relation statutaire y attachée, s'arrêtant à leur monopole respectif (v. *supra*, n° 128, spéc. note 187), les officiers publics ne seraient plus tenus au-delà d'accepter la demande du client, lorsque précisément donc la relation se fait contractuelle. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence continuant à voir sans distinction un contrat dans toute relation nouée avec un officier ministériel, à la notable exception des notaires (v. *supra, ibid.*, spéc. note 188), il demeure, selon le droit positif, que ce titulaire de l'autorité publique se trouve effectivement contraint de former une convention ainsi forcée par le client.

du service dont ils assurent la mission, sont tenus d'accéder, sauf motifs particuliers, à la demande de transport des voyageurs⁽⁵⁴³⁾.

On voit donc que les cas de forçage contractuel sont plus courants encore pour l'acceptant qu'ils ne l'étaient pour l'offrant⁽⁵⁴⁴⁾. Il serait pourtant assez faible de vouloir les justifier par le constat d'une volonté survivant malgré tout sous la contrainte ; au fond, ce constat aggrave seulement le diagnostic, en ce qu'il interdit toute tentative de requalification : il y a bien un contrat, et il est forcé par le droit. Pour disparaître tout à fait, la volonté aura dû être émise, non par contrainte, mais par mégarde.

b. L'émission par mégarde

184. La déclaration incontrôlée – La déclaration peut encore, cette fois sans contrainte, naître hors la volonté de son auteur si celui-ci n'en a pas contrôlé l'émission.

Par nature, l'hypothèse tient dans la mise en mouvement d'un mode exprès de déclaration de la volonté, en ce que celui-là fait toujours présumer celle-ci⁽⁵⁴⁵⁾. C'est ainsi que le courrier contenant l'acceptation devra être expédié par son auteur, ou sur l'ordre de celui-ci, sous peine de ne déclarer qu'une volition restée à l'état embryonnaire de simple velléité⁽⁵⁴⁶⁾. Le progrès technologique ne rend d'ailleurs pas plus improbable ce genre de désordre : que l'on songe seulement qu'il ne suffit plus aujourd'hui que d'une pression physiquement exercée par une manipulation ingénue pour conclure un processus d'acceptation électronique déjà engagé⁽⁵⁴⁷⁾.

Pour échapper aux apparences, le pseudo-acceptant devra alors renverser la présomption de volonté qui s'attache à la déclaration ainsi émise. Sans doute l'exigence s'avérera-t-elle à l'occasion bien difficile, ce en particulier si la volition apparente avait pris la forme imposée d'un écrit, considérant que son auteur putatif pourrait ne pas être recevable alors à prouver contre l'acte⁽⁵⁴⁸⁾. Mais s'il y parvient néanmoins, il aura établi l'inexistence de sa volonté et, par là, celle du contrat.

(543) V. par ex. arr. interpréf. 01-16385 relatif aux exploitants et aux conducteurs de taxis dans la zone parisienne, art. 24, 6°, art. 25, 1°, et art. 26. Pour l'analyse consistant à faire du chauffeur de taxi l'acceptant plutôt que l'offrant du contrat de transport, v. *supra*, n° 157, *in fine*.

(544) V. *supra*, n° 132.

(545) V. *supra*, n° 138, spéc. note 242.

(546) Récusant ainsi la qualification d'acceptation en cette hypothèse : M. DURMA, *op. cit.* (*supra*, note 52), n° 292, p. 315.

(547) Hypothèse banale : le parent qui, cédant *in extremis* à la dissuasion de son conjoint, aura cependant manqué de vigilance quant aux faits exploratoires de sa progéniture. La déclaration involontaire pourrait aussi bien, du reste, ne nécessiter aucune autre intervention que celle de l'intéressé, qui, naviguant par exemple sur le réseau Internet, aura été trompé par une page sur laquelle l'icône « J'accepte » se sera mal distingué d'un autre.

(548) Quoique la jurisprudence paraisse être assez conciliante lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 1341 du Code civil à cette hypothèse. Sur ce point, v. *supra*, n° 118, spéc. note 63 et s.

185. La déclaration mal orientée – Plutôt que proprement incontrôlée, la déclaration peut encore s'adresser par erreur à un autre que l'offrant. Celle-ci pourrait porter sur l'identité même du pollicitant, l'acceptant ayant cru l'offre émanée de celui à qui il aura retourné sa réponse. Mais il suffirait aussi bien que, parfaitement informé de l'identité de son proposant, le déclarant ait simplement mal adressé son acceptation. Dans l'une ou l'autre de ces deux hypothèses, cependant, on ne se contentera pas d'affirmer pour principe qu'une acceptation ne vaut comme telle qu'autant qu'elle se destine au pollicitant ; car l'appréciation de cette condition, comme de toutes celles qui ont trait à la volonté des parties, est toujours de nature éminemment subjective : seule compte de ce point de vue l'intention de l'auteur. De sorte que si ce dernier a effectivement voulu adresser sa déclaration à l'offrant afin de lui permettre d'en prendre connaissance, peu importera alors, sauf la question probatoire, l'erreur qu'il aura pu commettre à cet endroit⁽⁵⁴⁹⁾. L'acceptation involontairement dirigée vers un autre que l'auteur de l'offre n'en forme pas moins le contrat⁽⁵⁵⁰⁾. On ne pourra même pas dire en ce cas que sa volonté fut incertaine.

B - L'EXISTENCE INCERTAINE DE LA VOLONTÉ

186. Une déclaration inaccessible – L'incertitude de la volonté s'oppose aussi sûrement que la certitude de son inexistence à la formation du contrat. Prouver l'acceptation suppose ainsi d'établir d'abord l'existence du fait volontaire, c'est-à-dire plus spécifiquement d'un comportement qui puisse signifier la volition. Le contrat demeurerait en effet inexistant si le fait allégué restait non établi (1) ou son sens non saisi (2).

1. Le fait non établi

187. Prouver l'existence d'un comportement – La preuve de la volition présuppose toujours celle d'un comportement d'où elle se déduirait. Il n'en va pas différemment à cet égard que la volonté excipée fût expresse ou tacite : dans le premier cas, il s'agira d'établir l'existence d'une action exclusivement destinée par nature à manifester une volonté, dans le second, il faudra toujours appuyer sa démonstration sur un comportement particulier, même purement passif, adopté par l'intéressé et duquel pourrait transparaître la volition⁽⁵⁵¹⁾.

(549) Il ne disposera que d'une hypothétique action en nullité relative pour le cas où son erreur aurait porté sur l'identité même de son pollicitant, et par voie de conséquence sur ses qualités, s'il peut établir que celles-ci ont proprement déterminé son consentement. La personnalité du cocontractant n'étant pas en effet part du contrat, l'erreur ici commise ne mettra pas obstacle à la formation de la convention (comp. lorsque le malentendu porte sur la substance même de l'accord, *infra*, n° 225 et s.).

(550) En ce sens, v. par ex. J. VALÉRY, *op. cit.* (*supra*, note 86), n° 142, p. 138 ; M. DURMA, *op. cit.* (*supra*, note 52), n° 291, p. 315. Si, au contraire, l'auteur sait que son interlocuteur n'est pas son pollicitant, sa déclaration d'intention sera insuffisante pour valoir acceptation : v. *supra*, n° 117, *in medio*, spéc. note 43.

(551) Sur les volontés expresse et tacite, v. *supra*, n° 138, *in limine*.

Échouer dans cette première preuve, c'est se condamner à ne jamais pouvoir arguer que d'un contrat inexistant.

188. Prouver l'existence d'un comportement volitif – Prouver l'existence d'un comportement quelconque ne suffit pas : il faut encore établir que celui-ci a eu pour objet de faire connaître la volonté de son auteur. Ce n'est pas en effet parce que toute action est réputée s'effectuer volontairement qu'elle contient en elle-même une volition⁽⁵⁵²⁾ ; ce en quoi un comportement, pour être volontaire, n'est pas nécessairement volitif. Or, si cette preuve est d'ores et déjà acquise au cas de volonté expresse, pour laquelle le moyen implique la fin⁽⁵⁵³⁾, il en va bien autrement de la volonté tacite : celui qui s'en prévaut, quel qu'il soit, devra encore établir l'existence d'autres circonstances propres à fonder une présomption de volition chez l'auteur. Ce supplément probatoire prendra même une importance toute particulière s'il venait compléter une allégation qui s'en sera tenue au simple silence de l'intéressé⁽⁵⁵⁴⁾. De ce point de vue, plus le comportement adopté apparaîtra d'une parfaite neutralité, plus il deviendra difficile d'en saisir le sens.

2. Le sens non saisi

189. La recherche d'une volonté tacite – La volonté ne peut jamais se découvrir que par recours aux présomptions⁽⁵⁵⁵⁾. Et si, à cet égard, une déclaration expresse permet en elle-même de présumer l'existence de la volition⁽⁵⁵⁶⁾, l'adoption d'un comportement qui, hors contexte, peut aussi bien ne pas receler cette volonté oblige à rechercher celle-ci plus avant⁽⁵⁵⁷⁾.

Dans cette recherche, le détour pourra parfois se faire raccourci. Lorsque, par exemple, on déduit l'*affectio societatis* de la contribution durable d'un tiers à l'activité d'une société créée de fait, on dresse une perspective toute cavalière entre ce concours volontaire et

(552) V. la définition donnée plus haut de la volition, *supra*, n° 117. Ainsi jugé inexistant le contrat prétendument accepté par celui que l'imminence de la mort rendait physiquement inapte à manifester un consentement : Civ., 1^{re} sect., 15 déc. 1953, *Bull.*, I, n° 366, au motif que « toute convention supposant le consentement, un contrat ne se forme pas s'il n'existe pas une volonté réelle » ; et 17 oct. 1955, *Bull.*, I, n° 342 ; D. 1956, SC, p. 26 ; JCP 1956, II, 9226, note J.-Ch. Laurent.

(553) Puisque « le consentement exprès [...] est celui qui résulte d'actes qui ont pour but direct et exclusif d'exprimer l'acceptation [...] – Il y aura consentement tacite, au contraire, lorsqu'il sera donné sous forme d'actes qui n'ont pas pour but, pour signification exclusive, d'exprimer un consentement » (J. BARRAULT, *op. cit.* (*supra*, note 107), p. 46). Il ne s'agira plus en effet que de discuter alors de la valeur de cette volition, et par là de l'existence de l'acte lui-même (sur quoi, v. *infra*, n° 193 et s.). Quant à renverser la présomption liant le mode de déclaration à l'existence de la volonté, cela suppose de démontrer que la déclaration fut en réalité involontairement émise (v. *supra*, n° 181 et s., spéc. n°s 182 et 184).

(554) Pour des exemples de silences suffisamment circonstanciés pour valoir acceptation, v. *supra*, n° 179.

(555) Sur quoi, v. *supra*, n° 118, spéc. note 62.

(556) V. *supra*, n° 188.

(557) La volonté tacite peut toujours être recherchée, quand bien même son auteur aurait-il prévenu qu'il ne se déclarerait que par un moyen exprès. V. ainsi Com., 11 juill. 1977, *Bull.*, IV, n° 203, qui reproche à une cour d'appel d'avoir rejeté l'éventualité d'une acceptation tacite au seul motif qu'il était prévu que celle-ci se donnerait par écrit.

l'intention supposée de son auteur de se joindre au contrat de société. Et c'est bien par un raisonnement de cette nature que l'on parvient à voir la formation d'une entente anticoncurrentielle dans l'adoption d'un simple comportement conforme que la coïncidence n'aura pas suffi à expliquer⁽⁵⁵⁸⁾. En d'autres circonstances, le raccourci empruntera même la voie légale : la loi qui déduit l'existence d'une remise de dette par le créancier de la reddition de son titre à son débiteur ne distingue pas en effet selon que l'offre de remise émane du premier ou de second (C. civ., art. 1282 et 1283), si bien qu'une telle restitution pourrait tout autant – et peut-être même à plus forte raison – valoir acceptation de la demande formée par le débiteur.

Car la préexistence de l'offre sur l'acceptation facilite la preuve de cette dernière, aussi vrai qu'un comportement conforme trahira plus sûrement la volonté contractuelle de celui qui a déjà reçu une proposition en ce sens qu'il ne permettrait d'établir *ex nihilo* l'existence de la première volition. La présomption se conçoit alors plus clairement pour cette raison que l'existence d'une demande antécédente circonscrit le comportement qui suit : elle permet d'en juger la conformité et de considérer, le cas échéant, qu'il a été adopté en réponse.

190. Une volonté introuvable – Nonobstant cette facilité accordée à la présomption de l'acceptation, le comportement du pollicite pourrait rester insignifiant. Il en ira ainsi en premier lieu si sa conduite demeure proprement *inintelligible*, c'est-à-dire insusceptible de prendre le moindre sens aux yeux de l'observateur. Mais ce sera le plus souvent au cas de comportement *équivoque* que l'on mettra en doute l'existence d'une volonté tacite : s'il est impossible de lever l'ambiguïté en prouvant que l'attitude adoptée, et intelligible par ailleurs, contenait en elle la volition alléguée, on privilégiera, dans le doute, l'hypothèse de la neutralité, qui est aussi celle du néant. S'agissant d'établir ici la volonté de l'acceptant, le débiteur de cette charge probatoire aura alors plus spécialement échoué à démontrer que le comportement, attesté en lui-même, valait exécution de l'offre et, par là, acceptation⁽⁵⁵⁹⁾.

S'il est bien entendu que l'exécution des termes de l'offre peut suffire, comme même son simple commencement, à prouver l'acceptation de son destinataire⁽⁵⁶⁰⁾, encore faut-il que le comportement considéré ne puisse pas figurer autre chose que cette volition. Car l'exécution ne fait pas systématiquement présumer l'acceptation. Si le fait est ordinaire, on présumera même plutôt qu'il a été réalisé sans ambition contractuelle, à charge alors d'établir spécialement cet élément psychologique outre l'élément matériel. Ainsi, rapporter l'objet trouvé à son propriétaire ne revient pas, en soi, à accepter son offre de récompense :

(558) Sur ces exemples, v. déjà *supra*, n° 138, *in fine*. *Adde* Civ., 9 janv. 1933, *S.* 1933, I, p. 145.

(559) Rapp. ainsi Com., 12 mai 1987, *Bull.*, IV, n° 114, qui censure la cour d'appel qui avait cru pouvoir déduire l'agrément tacite du sous-traitant par le maître de l'ouvrage du seul fait que celui-ci n'avait pas protesté lors de ses inspections sur le chantier non plus qu'à réception de l'ouvrage et de sa facturation, considérant que les juges du fond se sont ainsi prononcés « *par des motifs, qui caractérisent l'attitude passive du maître de l'ouvrage, sans relever aucun acte manifestant sans équivoque sa volonté d'accepter le sous-traitant* ».

(560) *E.g.* C. civ., art. 1985, al. 2.

on peut n'avoir voulu que rendre un service gratuit, sans se trouver contraint à recevoir la gratification promise⁽⁵⁶¹⁾.

Le problème se pose en particulier lorsqu'il s'agit de prêter sens à l'attitude observée par celui qui reçoit une offre de modification contractuelle : en ce cas, en effet, l'exécution ne peut logiquement valoir acceptation de la modification que si elle se conforme spécialement aux stipulations nouvelles⁽⁵⁶²⁾ ; à défaut, rien ne permettrait de penser que l'exécution en cause ne vaudrait pas autant pour le contrat en cours, ainsi continué dans son état antérieur⁽⁵⁶³⁾. Raison pour laquelle le paiement d'une facture établie en exécution d'un contrat préexistant ne vaut pas, en soi, acceptation de la stipulation nouvelle qu'elle contient : dès lors que ce règlement se conforme aux termes du contrat pour lequel il intervient, il n'est aucune raison d'en inférer quelque adhésion à la modification proposée⁽⁵⁶⁴⁾ ; celui-ci peut aussi bien valoir acceptation de la modification que refus par confirmation des termes initiaux de l'accord. Et puisque l'une et l'autre de ces deux interprétations sont possibles, c'est que ce paiement est, à cet égard, équivoque ; il est dès lors naturel de n'en retenir aucune et de s'en tenir au contrat en cours⁽⁵⁶⁵⁾. Raison encore pour laquelle l'hôtelier ne peut imposer à son client les clauses qui l'attendront dans sa chambre, une fois le contrat formé. Même la preuve apportée de leur connaissance, le seul fait que le client poursuive son séjour sans émettre aucune réserve ne permet pas de conclure à leur acceptation⁽⁵⁶⁶⁾ : cette constance pourra aussi bien valoir pour suite d'un engagement préalablement convenu à d'autres conditions⁽⁵⁶⁷⁾. Et il y aurait encore lieu de se demander comment l'on peut sérieusement prétendre opposer au passager ou au spectateur les clauses que l'un et l'autre découvriront sur un billet délivré après conclusion de l'accord⁽⁵⁶⁸⁾ : le fait qu'ils se rendent malgré tout à l'embarquement ou à la représentation ne

(561) Ce qui ne préjuge rien de l'abus que commettrait ce propriétaire à rétracter aussitôt sa promesse : sur quoi, v. *infra*, n° 249.

(562) V. par ex. Com., 28 janv. 1975, *Bull.*, IV, n° 22, pour une acceptation déduite du règlement sans réserve des factures établies selon le nouveau tarif contesté.

(563) De la même façon que le silence gardé par un litigant à l'allégation de son adversaire ne peut valoir aveu, et fermer ainsi la voie de la contestation ultérieure à son auteur, qu'autant que la poursuite du procès, et en cela l'objet de la discussion qui suivra, impliquera implicitement, mais nécessairement, la reconnaissance du fait avancé. À défaut pour les juges du fond de relever ce rapport logique, la Cour de cassation censure au motif, posé en principe, que « le silence opposé à l'affirmation d'un fait ne vaut pas à lui seul reconnaissance de ce fait ». V. par ex. 1^{re} civ., 18 avril 2000, *Bull.*, I, n° 111 ; et encore 24 mai 2007, *Bull.*, I, n° 209.

(564) V. not. J. BARRAULT, *op. cit.* (*supra*, note 107), p. 147, et art. préc. (*supra*, note 113), p. 352, note 1.

(565) Hypothèse bien différente de celle dans laquelle le paiement interviendrait pour première acceptation d'un contrat jusqu'alors jamais conclu : en ce cas seulement, le règlement vaudra effectivement adhésion à la totalité des stipulations portées sur la facture, quand bien même celles-ci interviendraient-elles en contradiction avec les propositions faites antérieurement en cours de négociation.

(566) V. par ex. en ce sens CA Paris, 5 janv. 1996, *JCP* 1996, II, 22679, note Th. Hassler.

(567) Il faudrait, pour en juger autrement, que l'hôtelier ait dès l'abord renvoyé son cocontractant à la lecture de ces clauses : acceptant le principe de ce renvoi, le client aura valablement pu s'obliger alors à manifester son éventuel désaccord afin de s'opposer à l'application de cet avenant. Ce n'est qu'en cette hypothèse que l'on pourra ainsi déduire son consentement de son silence et, ensemble, de son maintien dans les lieux.

(568) La jurisprudence paraît étonnamment favorable à la contractualisation de ces clauses. V. ainsi Civ., 5 févr. 1873, *S.* 1873, I, 105 ; 22 janv. 1884, *S.* 1884, I, p. 221 ; 2 avril 1890, *S.* 1890, I, p. 213 ; 12 juill. 1893, *S.* 1895, I, p. 126 ; 4 déc. 1894, *S.* 1895, I, p. 142 ; 8 mai 1907, *S.* 1909, I, p. 486 ; 11 févr. 1908, *ibid.* ; *DP* 1908, I, p. 214 ; 23 mars 1909, *S.* 1909, I, p. 486 ; 21 nov. 1911, *S.* 1912, I, p. 73. Rapp. encore, plus

(suite p. suiv.)

vaut pas plus acceptation de ces stipulations nouvelles que volonté de s'en tenir à leur engagement. À cet égard, leur comportement est donc au mieux équivoque. Il n'exprime qu'une volonté certaine : celle d'obtenir l'exécution de la prestation convenue et comme telle attendue. Les prétentions des professionnels sont d'ailleurs d'autant moins admissibles que leurs clients ne disposent, sauf stipulation contraire et de toute façon onéreuse, d'aucune faculté de renoncer à leur engagement : s'ils ne se présentent pas, le prix qu'ils auront payé n'en restera pas moins acquis à leur cocontractant. Si bien que, le libre choix ne s'offrant pas à leur volonté, celle-ci ne saurait proprement s'exprimer à travers un comportement commandé par la seule raison économique⁽⁵⁶⁹⁾. Ces titres ne peuvent donc que se limiter à rappeler à leur porteur, pour le temps de la prestation, les obligations qui sont les leurs en vertu du contrat initialement conclu ou de toutes dispositions légales ou réglementaires. On peut certes reconnaître à ces professionnels un pouvoir de direction pendant de l'obligation d'organisation qui est la leur⁽⁵⁷⁰⁾, les stipulations édictées en exécution de cette mission n'ont jamais qu'une vocation supplétive du droit commun et de la convention même des parties : il est irréaliste de poser en présomption que le client qui a souscrit aux clauses d'un contrat aurait également tacitement admis que le professionnel pût y déroger unilatéralement, et il l'est à peu près autant de proposer pour atténuation de subordonner l'agrément des mesures nouvelles à l'absence de contestation du cocontractant⁽⁵⁷¹⁾. Les dispositions réglementaires prises par l'employeur dans le cadre de son pouvoir de direction ne s'incorporent pas aux contrats de travail qui le lient à ses salariés⁽⁵⁷²⁾, et l'on ne voit pas pourquoi il en irait autrement pour le transporteur ou tout autre organisateur. Du reste, lorsqu'il s'agit de modifier le contrat de travail, sa simple continuation par le salarié après réception de l'offre – ou demande – de l'employeur ne

récemment, 1^{re} civ., 5 juill. 2005, *Bull.*, I, n° 300 (CCC 2005, n° 200, note L. Leveneur ; *RDC* 2006, p. 328, obs. D. Mazeaud), qui reproche à une cour d'appel de ne pas avoir fait application d'une clause évasive de garantie incluse par un transporteur aérien dans ses « *conditions générales du transport figurant sur chaque billet de passage* », comme si donc le seul fait que la clause figure sur le billet détenu par le passager suffisait à en faire présumer son acceptation. Comp. Civ., 9 mars 1942, *DC* 1942, p. 61 ; *Gaz. Pal.* 1942, I, p. 264, qui prend la peine de relever que la clause inscrite sur le billet avait pu être acceptée lors du paiement du prix.

Quoique, selon 1^{re} civ., 6 oct. 1998, *Bull.*, I, n° 269 (*JCP* 1999, II, 10186, note Y. Aubrée), le contrat de transport ne se formerait pas avant la délivrance de ce titre. Mais, d'une part, la délivrance n'attend pas la prise de connaissance pour former l'engagement, d'autre part, il serait plus juste de voir dans cette remise la preuve de l'accord plutôt que de faire aussi incongruent du contrat de transport un nouveau contrat réel.

(569) Si l'on tient à cette présomption d'acceptation, de toute façon exorbitante, il faudrait donc déjà, pour préalable, offrir au cocontractant une faculté de résiliation unilatérale et gratuite pour le temps qui suit l'émission du billet qui lui sera remis ; non pas seulement parce que cette faculté serait opportune en fait, mais parce qu'elle permettrait au moins, en droit, de déduire du silence de l'intéressé, sinon l'acceptation elle-même, au moins son absence de contestation des stipulations nouvelles contenues sur ce billet.

(570) V. en ce sens A. SEUBE, « Les conditions générales des contrats », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, Aix-Marseille, 1974, pp. 621-633, spéc. p. 631 ; J. CARBONNIER, *Les obligations*, préc. (*supra*, note 28), n° 40, p. 97.

(571) Quant à prétendre fonder cette présomption sur un quelconque usage, sinon même quelque coutume, considérant que cette pratique professionnelle s'étend aussi bien dans le temps que dans l'espace, on a déjà eu l'occasion de réfuter ailleurs l'argument : v. *supra*, n° 179, *in medio*, spéc. note 506 et s.

(572) La Cour de cassation qualifiant à ce titre le règlement intérieur d'« *acte réglementaire de droit privé* » : Soc., 25 sept. 1991, *Bull.*, V, n° 381 ; *Dr. social* 1992, p. 24, note J. Savatier ; *Les grands arrêts dr. trav.*, par J. Pélissier *et al.*, 4^e éd., Dalloz, 2008, n° 177. Sur la question, v. not. J.-M. BÉRAUD, « Les interactions entre le pouvoir du chef d'entreprise et le contrat de travail », *Dr. ouvr.* 1997, p. 529.

vaut pas acceptation si elle ne se conforme spécialement à aucune des modifications proposées⁽⁵⁷³⁾.

Pour valoir acceptation, enfin, le comportement adopté devra s'être tourné d'une manière ou d'une autre vers l'intéressé. L'exécution ne renfermera ainsi une volition contractuelle que si elle était susceptible, aux yeux de son auteur, d'être perçue du pollicitant. Car, de la même manière que l'acceptation donnée, en conscience, à un tiers sans pouvoir ne vaut pas comme telle⁽⁵⁷⁴⁾, le comportement demeuré, sinon occulte, du moins non destiné à la connaissance de l'offrant, n'implique aucune volonté de se lier avec lui⁽⁵⁷⁵⁾. Il est toujours possible de se conformer à une proposition sans l'avoir pour autant acceptée, ne serait-ce que parce que cette conformité pourrait avoir été fortuite.

Établir l'existence du comportement allégué ne suffit donc pas : que celui-ci demeure proprement inintelligible ou simplement équivoque, et la volonté sollicitée ne paraîtra pas. Poindrait-elle d'ailleurs qu'elle pourrait encore ne pas valoir acceptation.

§ 2 – La volonté ne valant pas acceptation

191. Division – Le destinataire de l'offre a bien pu émettre une volonté, il reste à définir s'il s'agit effectivement d'une acceptation. Car sa réponse pourrait aussi bien ne rien valoir que valoir pour autre chose selon qu'elle aura été imparfaitement (I) ou différemment exprimée (II).

I - LA RÉPONSE IMPARFAITEMENT EXPRIMÉE

192. Éléments constitutifs – À la différence d'une offre, l'acceptation, qui ne consiste qu'en un simple acquiescement, ne peut pas être imprécise, sauf à devenir précisément autre chose⁽⁵⁷⁶⁾ ou à remettre en cause l'existence même de toute volition⁽⁵⁷⁷⁾. Mais on exigera d'elle, outre sa nécessaire précision, certitude et fermeté. À défaut, l'acceptation incertaine (A) ou retenue (B) demeurerait en réalité inexistante.

(573) La jurisprudence allant même jusqu'à exiger en la matière une acceptation expresse (à moins qu'il ne faille entendre « *explicite* ») : Soc., 10 oct. 2006, *Bull.*, V, n° 294 ; D. 2007, p. 472, 1^{er} arrêt, note J. Mouly ; RDC 2007, p. 397, obs. Ch. Radé.

(574) V. *supra*, n° 117, *in fine*.

(575) V. ainsi R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, préc. (*supra*, note 101), n° 557, p. 182 : « *La solution consistant à déclarer sans valeur une acceptation adressée à des tiers n'est exacte qu'au cas où l'offrant n'en aura probablement pas connaissance* » ; M. DURMA, *op. cit.* (*supra*, note 52), n° 238, p. 257 : « *Un simple commencement d'exécution par exemple, qui n'excède pas le cercle du débiteur, et qui n'est pas fait dans la direction du créancier ne sera pas suffisant.* »

(576) Sur cette requalification, v. *infra*, n° 207 et s. Comp. avec l'offre, qui peut se perdre dans l'imprécision pour devenir une volition sans effet, *supra*, n° 147 et s.

(577) V. *supra*, n° 190.

A - L'INCERTITUDE DE L'ACCEPTATION

193. Une intention inaccessible – L'incertitude peut affecter l'acceptation de deux manières. C'est d'abord naturellement son sens qui n'aura pas été saisi (A) ; mais il se pourra également que le sens saisi ne suffise pas à établir l'acte (B).

1. Le sens non saisi

194. La recherche d'une acceptation implicite – Il est toujours nécessaire d'établir le sens pris par la volition émise par le destinataire : on ne saurait présumer qu'il s'agit d'une acceptation⁽⁵⁷⁸⁾. À cette fin, il peut être nécessaire, lorsque ce sens n'apparaît pas immédiatement à la simple perception des signes, dès lors donc qu'il n'est pas *explicite*, de le rechercher par interprétation, c'est-à-dire par raisonnement⁽⁵⁷⁹⁾. L'intervention de l'interprète marque la frontière entre l'acte clair et l'acte obscur⁽⁵⁸⁰⁾, et le sens ainsi découvert sera dit *implicite*. L'implicite ne se confond donc pas avec le tacite : si celui-ci avait égard à la forme empruntée par la volonté pour s'exprimer, celui-là ne regarde plus que le sens pris par cette volonté, que celle-ci fût tacite ou expresse⁽⁵⁸¹⁾. Il y aura acceptation expresse mais implicite chaque fois que l'acceptant fera connaître sa volonté par un acte spécialement et exclusivement émis à cette fin mais qui ne se laissera comprendre qu'après interprétation⁽⁵⁸²⁾. À l'inverse, il est parfaitement possible de trouver des acceptations à la fois tacites et explicites : ce sera très généralement le cas de l'acquiescement déduit de l'exécution du contrat offert, au moins lorsque la prestation attendue est assez singulière pour ne faire naître aucun doute quant aux intentions de son auteur⁽⁵⁸³⁾.

Si, néanmoins, la signification de la réponse apportée à l'offre ne transparaît pas immédiatement, seule son interprétation permettra de décider de l'existence ou non d'une acceptation implicite. Et c'est par le même examen que l'acceptation apparemment certaine

(578) Lorsque la loi présume l'acceptation, elle présume aussi l'existence de la volition qui la sous-tend : v. *supra*, n° 189.

(579) Sur la notion d'interprétation, v. *supra*, n° 142.

(580) V. *supra*, *ibid.*

(581) Sur les notions de volontés expresse et tacite, v. *supra*, n° 138, *in limine*. V. égal. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, préc. (*supra*, note 95), n° 173 et s., p. 279 et s. Lorsque le Code exige une acceptation expresse, il ne paraît s'occuper ainsi que de la forme de celle-ci, laissant au juge le soin d'en interpréter le contenu au cas de besoin. V. par ex. art. 16-10, al. 2, et art. 16-11, al. 3 : « *Le consentement exprès de la personne doit être recueilli par écrit* » ; et surtout art. 782, qui nous dit que l'acceptation de la succession « *est expresse quand le successible prend le titre ou la qualité d'héritier acceptant dans un acte authentique ou sous seing privé* » (comp. égal. art. 778 anc.). Rapp. encore les dispositions citées au sujet de l'offre expresse, *supra*, n° 142, note 269.

(582) C'est l'hypothèse courante de la réponse adressée par un courrier dont la lecture ne laisserait pas immédiatement voir l'acceptation.

(583) Exemple : l'introduction d'une pièce dans un distributeur vaut exécution du paiement en même temps qu'acceptation tacite et néanmoins explicite, car ne laissant place à aucune interprétation. Rapp. V. FORRAY, *op. cit.* (*supra*, note 25), nos 352 et 353, pp. 252-253, qui observe que le parangon du consentement tacite que constitue l'exécution est toujours univoque, et en déduit que le critère de l'exprès et du tacite ne peut donc pas résider dans le sens explicite ou implicite du message.

pourra perdre ce caractère si des éléments de fait tirés de son contexte devaient en altérer la clarté des termes⁽⁵⁸⁴⁾.

195. Une acceptation introuvable – L'interprète qui resterait impuissant à lever l'incertitude sémantique du message examiné devra conclure à l'inexistence de l'acceptation. Au contraire de ce qui prévaut en effet dans l'application de la loi⁽⁵⁸⁵⁾, il n'est pas permis au juge d'inventer un sens que la volition individuelle n'exprime pas suffisamment.

Cette incertitude peut d'abord tenir au caractère strictement *inintelligible* de la déclaration. La volition exprimée n'est alors, en aucune manière, susceptible de prendre quelque sens que ce soit. S'agissant de rechercher l'acceptation, cette *inintelligibilité* résultera plus souvent de la verbosité du message que de son laconisme. Nulle expression plus lapidaire qu'un simple « oui » n'aurait mieux manifesté l'acceptation, et c'est justement pour avoir voulu trop en dire que la réponse ne manifesterait plus rien. Dans cet examen, la compréhension subjective du destinataire de ce message demeure parfaitement indifférente : ce n'est pas son point de vue qui est ici en question mais celui seul de l'auteur de la réponse, dont on cherche à déterminer l'intention. De sorte que l'offrant ne pourra pas plus arguer de l'*inintelligibilité* prise à ses yeux par une acceptation suffisamment certaine aux yeux de l'interprète⁽⁵⁸⁶⁾ qu'il ne pourra, à l'inverse, forcer à la formation du contrat en se prévalant d'avoir cru, même légitimement, à une acceptation qui n'en prenait objectivement pas les traits⁽⁵⁸⁷⁾.

Plus souvent peut-être, l'incertitude de l'acceptation résultera de son *équivoque* : la volition considérée a bien pu exprimer un acquiescement pur et simple aux conditions de l'offre, mais autant qu'autre chose, et il sera impossible de résoudre cette ambiguïté. S'il est rare qu'une telle amphibologie oscille entre oui et non, entre donc une acceptation et un refus, il l'est beaucoup moins de la voir, par exemple, mêler l'acceptation à une simple demande d'information ou à une contre-proposition. Et dès lors que l'interprète ne réussira pas à extraire la volition de ces deux significations contradictoires, il devra nécessairement conclure à son inexistence⁽⁵⁸⁸⁾. Une telle contradiction peut être aussi bien interne à une même volition, qui exprimera d'abord une chose puis son contraire, que résulter de l'émission simultanée de deux déclarations inconciliables. En cette dernière hypothèse cependant, on observe que le droit tend à faire prévaloir l'action sur le verbe et par là, malgré qu'on puisse en avoir, la déclaration tacite sur la déclaration expresse : *Protestatio non valet contra actum*⁽⁵⁸⁹⁾. Les gestes disent souvent bien mieux que les mots.

(584) Sur les conditions de l'interprétation conduire contre l'acte clair, v. *supra*, n° 142, *in medio*.

(585) V. *supra*, n° 118, spéc. note 53.

(586) Exemple : l'acceptation donnée dans un langage inconnu de son destinataire n'en reste pas moins certaine si une simple traduction permet d'en restituer toute la teneur.

(587) Le bénéfice de l'apparence dans la formation du contrat est réservé au seul acceptant : v. *infra*, n° 229.

(588) Pour une expression de la règle, v. par ex. *Restatement Second on contracts*, § 57.

(589) Ce sera le cas par exemple de celui qui montera dans le train tout en prétendant n'avoir rien à payer, ou de celui qui déclarera refuser les conditions du parking tout en y garant son véhicule. Pour l'état – conforme –
(suite p. suiv.)

Ce remède administré au vice d'équivoque restera toutefois insuffisant pour conclure à l'acceptation si celle-ci réclame un degré supérieur de certitude pour pouvoir être établie.

2. L'acte non établi

196. L'établissement relatif de l'acceptation – La certitude requise de l'acceptation n'est jamais que relative. Le plus souvent en effet le droit se contente d'admettre pour certain ce qui n'est que suffisamment probable pour être tenu pour tel. Et même lorsqu'il soumet la preuve de l'acceptation au respect de conditions destinées à en accroître la probabilité, la certitude ainsi acquise est encore susceptible d'entériner un fait que l'avenir pourra toujours venir contredire⁽⁵⁹⁰⁾.

Ces conditions probatoires pourront être d'ordre matériel ou formel. La première consistera à exiger du juge de ne recevoir pour acceptation que l'acte qui en exprime, matériellement, la signification la plus indubitable, et de s'en expliquer alors ; la seconde aura pour objet de restreindre, formellement cette fois, les moyens de preuve à certains procédés tenus pour garantir le plus assurément la réalité du fait qu'ils attestent.

197. Une acceptation « expresse » – *Proprio sensu*, la condition de déclaration expresse consiste à exiger de la volition qu'elle s'exprime par un moyen spécialement tourné vers cette fin⁽⁵⁹¹⁾. L'emploi de cette forme ne permet donc de présumer que l'existence d'une volition et non pas la signification de celle-ci⁽⁵⁹²⁾. Si bien que, à s'en tenir à la rigueur des mots, l'acceptation expresse ne se voit conférer aucun degré de certitude supplémentaire : il faudra toujours établir que la volition expressément déclarée contenait une acceptation, même implicite⁽⁵⁹³⁾.

En quelques rares hypothèses cependant, le Code, selon la jurisprudence, accorderait à ce mot un tout autre sens⁽⁵⁹⁴⁾ : il ne s'agirait plus tant de requérir la mise en œuvre d'un moyen d'expression formellement spécialisé que d'exiger matériellement du message exprimé le plus haut degré de certitude. Le juge se verrait dès lors contraint, sous le contrôle de la Cour de cassation, de justifier en quoi l'acceptation se tirerait sans le moindre doute possible de la volition examinée. Lorsque l'article 1275 du Code civil dispose que « *La délégation [...] n'opère point de novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur* », il faudrait ainsi comprendre que le créancier désirant conférer un tel caractère novatoire à la délégation devra, non pas nécessairement manifester son intention au moyen d'une déclaration spéciale, mais s'exprimer seulement de la façon la

du droit allemand sur la question, v. P. ANCEL, art. préc. (*supra*, note 79).

(590) Sur cette assimilation de la certitude à une probabilité qualifiée, v. déjà *supra*, n° 144.

(591) V. *supra*, n° 138, *in limine*.

(592) V. *supra*, n° 137.

(593) V. *supra*, n° 142.

(594) Ailleurs, la signification donnée par le Code civil à la condition de déclaration expresse apparaît plus fidèle au sens étymologique du terme : v. *supra*, n° 194, note 581.

plus claire qui soit⁽⁵⁹⁵⁾. De la même manière, en énonçant à l'article 2292 que « *Le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès* », le Code n'interdirait pas au juge de déduire l'acceptation de la volition tacite du fidéjusseur, mais bien plutôt de retenir un consentement qui n'apparaîtrait pas totalement hors de doute⁽⁵⁹⁶⁾. Poursuivant dans cette voie, la Chambre sociale de la Cour de cassation s'est éloignée plus franchement encore du droit commun en jugeant que la signature du salarié ne ferait pas assez foi de son acceptation en tant qu'elle ne manifesterait pas suffisamment son « *accord exprès* »⁽⁵⁹⁷⁾.

Il s'agit en somme d'empêcher par ce biais d'administrer la preuve de l'acceptation par la voie normale des présomptions « *abandonnées aux lumières et à la prudence des magistrats* » (C. civ., art. 1353) : même « *graves, précises et concordantes* », ces présomptions ne suffiront plus à établir l'acceptation. Échappant à l'appréciation du juge, le constat de l'acceptation devra s'établir en soi, comme ne laissant nulle alternative. En cela, la preuve, pourtant formellement libre, s'élèvera matériellement à un degré supérieur de certitude. Moyennant quoi, une acceptation qui eût été assez certaine pour emporter ailleurs la conviction du juge pourra être tenue ici pour inexistante, et s'opposer ainsi à la formation du contrat.

198. Une acceptation écrite – La preuve par présomptions de l'homme est encore spécifiquement écartée pour les actes portant sur toutes choses dont la valeur excède, aujourd'hui, mille cinq cents euros⁽⁵⁹⁸⁾. Mais la pseudo-perfection probatoire devient à présent formelle plutôt que matérielle : il ne s'agit plus d'enjoindre le juge à ne retenir pour certaines que les déclarations dont le sens se manifesterait le plus évidemment, *in concreto*, mais d'exclure tout élément de preuve dont l'élaboration ne respecterait pas une procédure prédéterminée, censée assurer la véracité du fait rapporté, *in abstracto*. C'est à ce titre que

(595) V. ainsi Com., 22 juin 1983, *Bull.*, IV, n° 183, qui, au visa de l'article 1275 du Code civil, censure la cour d'appel pour ne pas avoir recherché si la simple acceptation du paiement fait par un tiers ne manifestait pas la volonté du créancier de substituer ce nouveau débiteur au précédent. Et encore 3^e civ., 23 avril 1992, *Bull.*, III, n° 137, rejetant le pourvoi qui reprochait à une cour d'appel d'avoir déduit la novation des seules circonstances de la cause sans relever l'existence d'aucune déclaration expresse, au motif que l'analyse faite du comportement de l'intéressé par les juges du fond établissait suffisamment son intention novatoire.

(596) V. déjà *supra*, n° 145, spéc. note 304, au sujet de l'offre. *Adde* 1^{re} civ., 29 avril 1997 (*Dr. fam.* 1997, n° 181, note B. Beignier), selon lequel un cautionnement personnel nul comme tel peut néanmoins valoir consentement « *exprès* » au cautionnement contracté par le conjoint et satisfaire suffisamment ainsi à la lettre de l'article 1415 du Code civil.

(597) Soc., 25 nov. 2009, pourvoi n° 08-43008, qui approuve la cour d'appel d'avoir estimé que ne valait pas acceptation le contreseing apposé par le salarié à la lettre ainsi rédigée par l'employeur : « *Je fais suite à notre entretien de ce jour et je vous confirme que nous avons décidé d'un commun accord et suivant les conditions de votre contrat de travail, de prolonger la période d'essai de trois mois.* » Motif : « *le renouvellement ou la prolongation de la période d'essai doit résulter d'un accord exprès des parties et exige une manifestation de volonté claire et non équivoque du salarié ne pouvant être déduite de la seule apposition de sa signature sur un document établi par l'employeur* ». En droit du travail donc, la signature – du salarié au moins – ne vaut plus consentement : il faut la faire précéder d'une mention qui en explique la signification... Sur la nécessité de cette mention, v. du reste Soc., 19 nov. 1997, pourvoi n° 95-42666, qui exclut déjà toute reconduction de la période d'essai au motif adopté que « *la signature du salarié n'établissait que la preuve de la remise du document [et] que la mention « bon pour accord » faisait défaut sur le document* ».

(598) C. civ., art. 1341, et décr. n° 2004-836 du 20 août 2004, art. 56 et 59.

l'acte instrumentaire doit désormais revêtir par principe la forme scripturale, voire, à défaut, celle de l'aveu judiciaire ou du serment décisore⁽⁵⁹⁹⁾.

Cette exigence étant posée par le Code à l'égard du contrat pris pour unique objet, il reste alors à déterminer plus précisément comment celle-ci doit s'appliquer, en amont, aux volitions constitutives et, en l'occurrence, à l'acceptation elle-même⁽⁶⁰⁰⁾. La raison, c'est-à-dire celle aussi de la simplicité, paraît commander, on l'a vu⁽⁶⁰¹⁾, de répartir la charge de l'élaboration formelle de la preuve entre l'offrant et l'acceptant, en sorte que ce dernier soit mis en mesure de la parfaire. Le consentement donné à une offre de contrat unilatéral nécessitera ainsi de retourner une acceptation signée portant en chiffres et en lettres la mention de la quotité pour laquelle l'acceptant s'engage (C. civ., art. 1326) ; et si, comme le plus souvent, l'obligation unilatérale est mise à la charge du pollicitant, son cocontractant pourra établir son acceptation par tous moyens, étant seulement requis qu'il produise à cette fin l'acte instrumentaire d'une offre contenant la signature et la mention manuscrite de son auteur⁽⁶⁰²⁾. S'agissant d'accepter une offre de contrat synallagmatique, dont la preuve est soumise à la formalité du double original (art. 1325), l'acceptant, qui devra avoir reçu l'offre en deux exemplaires signés du pollicitant⁽⁶⁰³⁾, constituera la preuve scripturale du contrat en y apposant à son tour sa propre signature, l'un de ces exemplaires étant destiné à son cocontractant.

Sans le respect de ce formalisme probatoire, l'acceptation d'un contrat soumis à l'exigence scripturale sera tenue pour inexistante, aussi explicite et certaine fût-elle par ailleurs⁽⁶⁰⁴⁾, et l'inexistence de ce consentement vaudra alors pour le contrat lui-même⁽⁶⁰⁵⁾.

(599) V. *supra*, n° 146, *in limine*. Pour un tempérament à l'admission de l'aveu et du serment comme modes de preuve du contrat, v. cep. *infra*, *eod. num.*, note 604.

(600) Contre l'application des articles 1316 et suivants à l'acceptation : A. LAUDE, *op. cit.* (*supra*, note 386), n° 111, p. 87. Plus hésitant, v. J.-L. AUBERT, *op. cit.* (*supra*, note 97), nos 346 à 349, pp. 320-324. Comp. Civ., 25 mai 1949, *D.* 1949, p. 391 ; *S.* 1950, I, p. 17, qui reçoit la preuve testimoniale d'une levée d'option à une promesse de vente consignée par écrit.

(601) V. *supra*, n° 146, *in medio*.

(602) V. *supra*, n° 146, *in fine*.

(603) V. *supra*, *ibid.*

(604) L'acceptant pourrait certes encore faire l'aveu à l'audience de son consentement contractuel. Mais, à bien y regarder, le contrat ne sera alors plus tant établi par démonstration que parce que son existence ne sera plus contestée par aucune des parties : la preuve n'aura pas été apportée mais simplement évincée. Pour cette analyse, v. not. J. CHEVALLIER, *La charge de la preuve*, Les Cours de droit, Paris, 1958-1959, p. 111 : « L'aveu dans cette conception ne se présente plus comme un moyen de preuve, il s'agit d'une déclaration qui permet d'éviter la nécessité de la preuve. » L'auteur estime à cet endroit que si, comme l'interprétation exégétique le suggère, la force probante de l'aveu devait tenir au caractère défavorable du fait avoué, il n'y aurait aucune raison de la porter plus haut que toute autre présomption. Quant au serment, sa nature probatoire semble plus discutable encore : si l'on comprend bien en effet ce que l'appel archaïque à un formalisme sacramentel pouvait avoir de probant en un temps où la répartition du fardeau de la preuve s'imposait moins assurément aux parties, et où chacune œuvrait par conséquent à emporter la conviction du juge, on s'explique mal comment le serment a pu conserver quelque fonction décisore à présent que la charge probatoire repose avec certitude sur la partie qui le défère. Loin de prouver le fait ainsi affirmé en toute solennité, le serment n'a plus en réalité pour seul objet que d'entériner la faillite du demandeur à établir son allégation, ce qui est à peu près le contraire d'un mode de preuve. V. encore en ce sens J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 156 : « Il est donc moins une preuve qu'une circonstance exclusive de la possibilité même de la preuve ». Il faut alors justifier autrement la survie de cette institution : « le serment décisore est une manifestation du droit que le demandeur à la preuve a de réclamer la
(suite p. suiv.) »

Il se pourrait du reste que cette preuve échoue non pas seulement sur la forme mais sur le fond même de son objet, impuissante à établir une acceptation effectivement demeurée à l'état de rétention.

B - LA RÉTENTION DE L'ACCEPTATION

199. Une réserve définitive ou temporaire – L'acceptation nécessite, pour exister, d'être pure et simple. Sa soumission à quelque réserve lui porterait donc doublement atteinte : d'abord en ce que la réserve briserait la volonté contractuelle de son auteur, et s'opposerait de ce premier chef à la formation du contrat, ensuite parce qu'elle pourrait ajouter ou retrancher à la substance de l'offre et disqualifier ce faisant l'acceptation en contre-proposition⁽⁶⁰⁶⁾.

Qu'elle soit mentale ou déclarée⁽⁶⁰⁷⁾, la réserve développera le premier de ces effets en suivant deux voies bien distinctes, selon que l'auteur n'aura rien voulu de l'acceptation qu'il aura pourtant objectivement exprimée ou qu'il n'aura simplement manifesté qu'un consentement préalable et comme tel encore insuffisant. Dans le premier cas, l'acceptation sera donc simulée (1) ; dans le second, elle sera seulement différée (2).

1. L'acceptation simulée

200. La négation de l'acceptation – Lorsque le pollicite manifeste une volonté qui prend objectivement les traits d'une acceptation sans avoir eu pourtant aucune intention de former le contrat proposé, il le fait en joignant à sa déclaration une réserve de non-engagement absolu⁽⁶⁰⁸⁾.

Il en ira ainsi, en premier lieu, si le destinataire de l'offre déclarait accepter celle-ci sans vouloir cependant prêter aucun effet juridique à la convention qu'il prétendrait conclure : cette *réserve juridique* suffirait à disqualifier l'acceptation et ferait obstacle à la formation du contrat⁽⁶⁰⁹⁾. Mais l'acceptation manquerait plus évidemment encore si le même ne s'était

participation de son adversaire à la manifestation de la vérité. Il corrige ce que notre procédure accusatoire a de trop rigoureux et fournit au plaideur le moyen de forcer son adversaire dans ses retranchements » (J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 158).

(605) Rappr. 1^{re} civ., 5 mars 1991, pourvoi n° 89-17167 ; D. 1993, p. 508, 1^{re} esp., note L. Collet, qui juge le prêt inexistant en l'absence de signature de l'emprunteur, malgré la libération et l'utilisation des fonds.

(606) On parlera plus précisément alors de *réserve de modification*. Sur cette autre cause d'inexistence, v. plus spéc. *infra*, n° 208.

(607) Sur l'indifférence de cette qualification, v. déjà *supra*, n° 152, spéc. note 340.

(608) Peu important toutefois que cette réserve fût elle-même déclarée ou restée occulte : il s'agit seulement d'avoir égard à la volonté réelle du déclarant (v. *supra*, n° 153, spéc. note 341). Quant à celui qui, sans mécompte, annoncerait son intention à un autre que le pollicite, il n'émettrait même pas une acceptation sous réserve de non-engagement : seulement une déclaration d'intention qui n'aura pas dépassé le stade velléitaire du processus volitif (sur quoi, v. *supra*, n° 117, *in fine*).

(609) Ne demeurerait que la question bien différente de savoir si, nonobstant l'inexistence du contrat, cet acquiescement ajuridique ne permettrait pas de former un accord de nature extra-contractuelle. Sur cette autre question, v. *infra*, n° 271 et s.

exprimé que par jeu, qu'il se fût agi d'ironiser sur une offre jugée exorbitante⁽⁶¹⁰⁾ ou de feindre l'acquiescement pour tromper un tiers présent⁽⁶¹¹⁾, voire le pollicitant lui-même⁽⁶¹²⁾. Et il faut évoquer enfin le cas de l'acceptant qui ne sera déterminé que dans un accès d'humeur : au fond, une telle acceptation n'aura pas été véritablement voulue ; non pas que son auteur ait été à ce point envahi par l'émotion qu'il en ait perdu jusqu'à la conscience de s'engager⁽⁶¹³⁾, mais simplement que, même pleinement conscient de ses déclarations, il ne se sera pas prononcé dans le sens que sa raison lui aurait dicté si elle ne lui avait pas échappé à cet instant⁽⁶¹⁴⁾.

201. L'inacceptation de l'offre – Lorsque la volonté de l'acceptant de ne pas s'engager ne porte que sur quelques éléments de l'offre, elle retranche cette fois à la substance de la proposition, de sorte que, sous couvert d'acceptation, elle ne vaudra en réalité que comme contre-proposition. Si donc l'on doit encore réputer l'acceptation inexistante, ce n'est plus tant en ce que son auteur ne poursuivrait ici aucune intention contractuelle qu'en ce que sa volonté contractuelle n'aura pas suffi à conclure l'accord⁽⁶¹⁵⁾.

Il faudrait, pour éviter cette disqualification de l'acceptation, que la réserve de non-engagement ne concernât que des points accessoires de l'offre. Le caractère contingent du désaccord n'empêcherait plus alors les volontés de se rencontrer sur l'essentiel⁽⁶¹⁶⁾.

Selon donc que l'auteur exclut son engagement sur la totalité ou une partie seulement de son acceptation, celle-ci se trouvera une cause différente d'inexistence. Or, on observe que cette dualité de fondements se manifeste également lorsque l'intéressé n'aura cherché qu'à différer son acceptation.

(610) L'archétype de l'acceptation *per jocum* s'incarnerait alors dans une expression telle que « *Mais bien entendu* » et s'énoncerait avec l'intonation qui sied à l'ironie.

(611) Afin, par exemple, de provoquer chez lui quelque comportement subordonné à ce contrat. Certes, si le tiers était seul dupe, c'est l'offre du pollicitant complice qui serait en premier lieu inexistante. Mais la participation de l'acceptant à la simulation permettra alors d'empêcher ce dernier d'opposer quelque apparence pour forcer à la formation du contrat.

(612) Au risque évident néanmoins de lui devoir réparation pour le préjudice éventuel qu'une telle apparence lui aura occasionné (rapp. *BGB*, § 122), voire de se trouver même contractuellement engagé s'il ne peut établir l'inexistence de son intention contractuelle (sur cette difficulté, v. *supra*, n° 118, *in medio*). Cette preuve apportée, l'offrant abusé ne pourrait cependant pas arguer pour sa part de l'apparence ainsi créée pour imposer le contrat auquel il aura cru (sur la mobilisation de la théorie de l'apparence au seul bénéfice de l'acceptant, v. *infra*, n° 229).

(613) L'abolition de cette conscience justifierait bien la même sanction, mais pour aliénation mentale : v. *supra*, n° 106. Quant à sa diminution, elle relèverait d'un trouble mental cause de nullité relative : *C. civ.*, art. 414-1 et 414-2.

(614) V. la jurisprudence préc., *supra*, n° 154, note 351.

(615) V. *infra*, n° 210, où l'on montrera que si la contre-proposition ne vaut pas acceptation, elle ne vaut pas nécessairement rejet de l'offre pour autant.

(616) V. *infra*, n° 208.

2. L'acceptation différée

202. Un consentement à renouveler – En affectant son engagement d'une réserve destinée à le suspendre à une nouvelle déclaration de sa volonté, le destinataire de l'offre ne simule plus son acceptation mais la diffère. Sa réserve opère alors sur le consentement à fin de réitération (a) ou d'agrément (b).

a. La réitération

203. L'acceptation sous condition casuelle – Il est assez fréquent que le destinataire d'une offre n'entende l'accepter que sous condition. En cette circonstance, et dès lors que la réalisation de cette condition échappe à son pouvoir, il n'est aucune raison de ne pas considérer l'acceptation assez ferme pour valoir comme telle⁽⁶¹⁷⁾. L'introduction de cette modalité dans la formation du contrat ne contredit pas nécessairement en effet la volonté du pollicitant ; la chose est même à peu près certaine lorsque l'événement auquel l'acceptant soumet l'accord doit se produire dans le délai de validité de l'offre : celui qui a admis l'idée que l'acceptation puisse intervenir aussi bien immédiatement que plus tardivement dans ce délai a nécessairement consenti à l'hypothèse d'une acceptation tardive portant effet rétroactivement immédiat⁽⁶¹⁸⁾. De sorte que l'accord ainsi exprimé par le pollicité devrait suffire à former le contrat, sous condition suspensive.

Si difficulté il y a, elle réside bien plutôt dans l'ambiguïté que la déclaration de cet auteur est susceptible de receler. Car, sous des expressions similaires, l'intention du destinataire aura aussi bien pu être d'accepter sous condition que d'adresser une contre-proposition à son interlocuteur, voire encore de se ménager une véritable réserve de non-engagement immédiat. Il en dépendra notamment de la nature de la condition stipulée : selon que celle-ci apparaît tout à fait casuelle ou liée en quelque manière au pouvoir du pollicitant⁽⁶¹⁹⁾, on pourra en déduire une intention différente du déclarant. Si accepter ainsi sous réserve d'obtenir l'approbation d'un tiers paraît bien conclure le contrat sous cette condition, il pourrait en aller autrement de l'acceptation donnée sous réserve que le pollicitant

(617) Lorsqu'il est exigé de l'acceptation qu'elle soit pure et simple, il s'agit d'interdire à son auteur de se ménager une réserve de non-engagement ou d'ajouter à l'offre quelque élément qui n'aurait pas été voulu par le pollicitant. Or, on se propose justement de démontrer ici que l'acceptation donnée sous condition casuelle ne constitue pas une réserve de non-engagement et qu'elle n'ajoute pas nécessairement non plus à l'offre du sollicitant. V. par ex. 3^e civ., 17 oct. 2007, *Bull.*, III, n° 178 (*Loy. et copr.* 2008, p. 6, note B. Vial-Pedroletti ; *D.* 2008, pan., p. 1312, obs. N. Damas ; *RDC* 2008, p. 379, obs. J.-B. Seube), qui juge que « la stipulation d'une condition résolutoire tenant à l'appréciation judiciaire de la validité du congé était indifférente à l'efficacité de l'acceptation de l'offre de vente », ce d'autant plus, il est vrai, que toute acceptation est nécessairement conditionnée à la validité de l'offre qu'elle agréée.

(618) Il faudrait, pour décider du contraire, établir que la brève immobilisation ainsi imposée au pollicitant, qui se trouverait alors contractuellement lié sans avoir encore obtenu l'exécution attendue, l'empêcherait de mener à bien un projet particulier.

(619) Tant que la condition ne dépend pas du pouvoir de l'acceptant, elle ne porte pas atteinte à sa fermeté et donc à son existence. Quant à l'efficacité du contrat ainsi conclu sous condition potestative, elle relève d'un tout autre problème (sur lequel, v. *infra*, n° 288 et s.).

satisfasse à une exigence supplémentaire : en ce dernier cas en effet, il semble plus naturel de considérer que cette réponse vaudrait offre nouvelle d'un contrat renfermant une obligation supplémentaire plutôt qu'acceptation d'une convention formée sous la condition de réaliser cette prestation⁽⁶²⁰⁾. Quant à y voir une réserve de non-engagement immédiat, cela suppose d'approfondir encore l'analyse pour dégager, derrière cette condition, la volonté implicite du déclarant de réitérer son acceptation après réalisation de l'événement⁽⁶²¹⁾.

Or, de cette qualification dépend la portée de l'engagement souscrit par le pollicité. Pleinement lié en cas d'acceptation sous condition casuelle, son engagement deviendra transmissible en même temps qu'irrévocable. Il n'en sera délivré qu'à l'expiration du délai prévu pour la réalisation de la condition ou à l'instant où cette réalisation sera devenue impossible (C. civ., art. 1176)⁽⁶²²⁾. Ce n'est qu'en l'absence de l'un quelconque de ces termes que l'on devrait pouvoir lui reconnaître le droit de résiliation qu'impose, passé un délai raisonnable, la prohibition des engagements perpétuels⁽⁶²³⁾. Qualifiée de contre-proposition, en revanche, sa réponse ne l'engagerait pas plus que toute offre de contrat : elle demeurerait intransmissible et révocable jusqu'à recevoir l'accord de son destinataire. Et à retenir enfin l'existence d'une véritable réserve de son non-engagement immédiat, il faudra conclure que son auteur se sera dérobé par là à toute forme d'engagement, soumettant celui-ci à la réitération de son consentement.

204. L'acceptation sous condition potestative – Lorsque le destinataire de l'offre de contrat déclare l'accepter sous la réserve de réitérer ultérieurement son consentement, il soumet cette fois son adhésion à une condition purement potestative. Par cette *réserve de réitération*, la pseudo-acceptation se trouvera en réalité dépourvue de la fermeté nécessaire à son existence⁽⁶²⁴⁾. On ne pourra alors déduire aucune intention du silence ultérieurement

(620) C'est particulièrement vrai de la réponse qui serait donnée sous la forme « *J'accepte à condition que vous fassiez ceci* », dans laquelle on trouvera plus volontiers une contre-proposition que dans l'expression, pourtant très semblable, « *J'accepte sous la condition que vous fassiez ceci* » : la première semble attendre une réponse que la seconde ne sollicite pas forcément.

On trouve une autre illustration de cette ambiguïté dans la *réserve d'interprétation* qui serait stipulée par l'acceptant : en demandant au pollicitant de lui confirmer que le sens qu'il a attaché à son offre, ou à un élément de celle-ci, correspond bien à l'intention qui l'animait, l'acceptant laisse son interlocuteur en mesure de suivre ou non cette interprétation. S'il la confirme, le contrat sera rétroactivement réputé avoir été formé par l'acceptation du destinataire ; dans le cas contraire, la condition défaillira et le contrat qui s'y trouvait suspendu disparaîtra par caducité. Or, on devrait encore pouvoir reconnaître au pollicitant qui répondrait n'avoir pas eu d'emblée cette intention la faculté de conclure néanmoins le contrat sur cette nouvelle base, sans rétroactivité alors : l'acceptation conditionnelle s'en trouverait dès lors convertie, par réduction, en une contre-proposition. Tant que l'ambiguïté demeure ainsi soluble, il ne sera pas de raison d'y voir une cause d'inexistence de la volonté contractuelle (comp. *supra*, n° 195).

(621) Auquel cas, v. *infra*, n° 204.

(622) Strictement, le contrat ainsi conclu sous condition suspensive disparaîtra donc par caducité et non pour inexistance. Comp. Civ., 26 oct. 1915, *S.* 1920, I, p. 5 ; *DP* 1920, I, p. 39, qui juge inexistante la donation consentie sous réserve d'une autorisation administrative jamais obtenue.

(623) Sur quoi, v. plus spéc. *infra*, n° 206, *in fine*.

(624) Rapp. égal. au sujet de l'offre, *supra*, n° 156. *Adde* S. VALORY, *op. cit.* (*supra*, note 362), n°s 728 et 729, p. 410.

conservé par ce soi-disant acceptant, le contrat attendant justement une nouvelle déclaration de sa part pour se former⁽⁶²⁵⁾.

Ainsi, quand une offre d'emploi est adressée au public, l'intéressé qui déclare l'accepter pour toute réponse ne se retrouve pas contractuellement lié pour autant : l'accord ne sera formé qu'après réitération de son consentement. Non pas tant ici que, pour la même raison, l'offre elle-même ne valût pas comme telle⁽⁶²⁶⁾, mais parce que le contrat de travail est réputé conclu *intuitu personae* pour l'une et l'autre partie, de sorte que, même si l'offre était assez précise pour renseigner en tout point son destinataire, celui-ci serait encore présumé n'accepter que sous réserve de non-engagement immédiat. Pour tendre au contrat, l'acceptant devra, plutôt que conditionner sa volonté à sa réitération, suspendre la formation du contrat lui-même à son agrément.

b. L'agrément

205. L'acceptation sous réserve d'agrément – La réserve d'agrément qui porterait sur l'acceptation elle-même constituerait en réalité une réserve de non-engagement immédiat : par elle en effet, l'acceptant conditionnerait son premier consentement à un second, censé le confirmer, si bien que le premier en perdrait tout caractère définitif. En lieu d'agrément, il n'y aurait alors rien de plus qu'une *réserve de confirmation*⁽⁶²⁷⁾, propre à priver la volition contractuelle de sa fermeté constitutive⁽⁶²⁸⁾. Une telle réserve

(625) À moins que l'acceptant ait lié sa réitération à la réalisation d'un événement casuel (v. *supra*, n° 203, spéc. note 621). Sans cela, tout ce que l'on pourrait tirer d'une telle réserve serait une demande de son auteur adressée au pollicitant de maintenir son offre pendant le délai qui lui serait éventuellement indiqué. L'accord consécutif du pollicitant suffirait à rendre alors fautive la rétractation ultérieure de l'offre.

(626) V. *supra*, n° 157, *in medio*.

(627) Il y a ici *confirmation* dès lors que le second consentement est censé rétroagir sur un premier qu'il vient parfaire en « l'agréant ». Il y avait précédemment *réitération* en ce que le second consentement n'avait pas alors pour objet de se joindre au premier mais d'exprimer une volition parfaitement autonome (v. *supra*, n° 204). Sur cette distinction, v. déjà *supra*, n° 158, spéc. note 387. Mais, dans les deux cas, l'acceptation est soumise à une même réserve de non-engagement immédiat qui suffit à la disqualifier.

(628) Sur quoi, v. *supra*, n° 204. Ce seul argument permet de réfuter l'analyse qui prétend doubler l'acceptation donnée par voie électronique : s'en tenir à la lettre de l'article 1369-5, alinéa 3, du Code civil (ord. 2005-674 du 16 juin 2005), pour distinguer une première acceptation tenant dans la commande puis une confirmation ultérieure de ce consentement initial, reviendrait à nier l'existence même de celui-ci, de telle sorte que l'on s'en trouvera toujours ramené à la seule solution possible, énoncée à l'alinéa 1^{er} de cet article, selon laquelle la confirmation de la commande exprime l'acceptation. En ce sens, v. E. MONTERO et M. DEMOULIN, « La conclusion des contrats par voie électronique », in *Le processus de formation du contrat*, préc. (*supra*, note 46), pp. 693-788, n° 91, p. 770 ; D. NOGUÉRO, « L'acceptation dans le contrat électronique », in *Le contrat électronique – Au cœur du commerce électronique / Le droit de la distribution – Droit commun ou droit spécial ?*, études réunies par J.-C. Hallouin et H. Causse, Journées d'études des 18 mars 2004 et 10 mars 2005, LGDJ, Coll. Fac. dr. et sc. soc. Poitiers, 2005, pp. 49-70, spéc. p. 69 ; J. ROCHFELD, *RTD civ.* 2004, p. 579. Sur le vice de rédaction de l'alinéa 3 de l'article 1369-5 du Code civil, et sur son origine, v. A. PENNEAU, « Contrat électronique et protection du cybercontractant – Du Code de la consommation au Code civil », *PA* 13 mai 2004, n° 96, pp. 3-13, spéc. n° 13, p. 9, note 27 ; J. HUET, « Encore une modification du Code civil pour adapter le droit des contrats à l'électronique », *JCP* 2004, I, 178, nos 15 à 17. Il suffit d'ailleurs d'observer comment chacun procède devant son écran pour constater qu'il ne se donne jamais qu'un consentement, lequel intervient après renseignement des références bancaires. Faire de cette acceptation une confirmation de la commande suppose de voir dans celle-ci, non un consentement, mais une procédure, que clôt l'acceptation.

disqualifierait l'acceptation qui la contient, et l'offre toujours pendante demeurerait sujette à rétractation ou à caducité.

206. Le contrat sous réserve d'agrément – Pour que la réserve d'agrément n'anéantisse pas l'acceptation, elle devra porter sur le contrat, ou sur le bien qui en constitue l'objet, plutôt que sur celle-ci. En ce cas seulement, l'accord se formera, sous condition suspensive de l'agrément ultérieur par l'acceptant. Dans l'attente, le pollicitant, définitivement lié par cette acceptation, perdra sa faculté de révoquer son offre et son engagement deviendra transmissible.

S'agissant d'ajouter une condition suspensive au contrat, l'acceptant ne pourrait toutefois pas introduire une telle modalité sans risquer de modifier substantiellement la proposition qui lui a été adressée⁽⁶²⁹⁾. Du moins en irait-il ainsi tant que l'agrément pourrait encore se donner, ou se refuser, au-delà du délai de validité conféré à l'offre par son auteur⁽⁶³⁰⁾. Si bien qu'une telle acceptation ne vaudrait plus que contre-proposition, nécessitant l'acquiescement du pollicitant pour conclure la convention⁽⁶³¹⁾. Il faudrait, pour éviter cette requalification, que la réserve d'agrément fût offerte à l'acceptant par le pollicitant lui-même et ainsi comprise dans sa proposition. Tel serait notamment le cas si ce bénéfice pouvait se tirer d'une disposition légale. En présumant ainsi la vente à l'essai conclue sous la condition suspensive de l'agrément ultérieurement donné par l'acheteur, l'article 1588 du Code civil introduit une telle réserve dans l'offre du vendeur.

Cette impossibilité prévaudrait d'ailleurs tout autant si la pollicitation prévoyait déjà une réserve d'agrément en faveur de son auteur : le pollicite ne pourrait pas plus y introduire une autre réserve à son propre bénéfice, sous peine de disqualifier la convention ainsi conclue en simple accord de principe⁽⁶³²⁾. Ce qu'il lui sera permis, en revanche, c'est d'indiquer, si l'offre ne précise pas la durée du délai mis à disposition du pollicitant pour agréer le contrat, que son acceptation ne vaudra que pour un temps après lequel le contrat resté en suspens finira par s'éteindre. Juridiquement, l'hypothèse d'une acceptation provisoire ne se conçoit certes pas : celle-ci devant être pure et simple pour exister, elle ne permet pas à son auteur de s'attribuer quelque voie de rétractation. Mais, techniquement, il s'agit bien plutôt d'une autre figure : l'acceptant se contentera de joindre à son acceptation l'indication selon laquelle le silence conservé pendant un temps suffisant pour permettre à l'agrément de mûrir et de s'exprimer devra s'interpréter comme une volonté de sa part de résoudre la convention, ainsi que le régime de l'agrément le lui permet passé un

(629) La réserve d'agrément ajoute ainsi à l'offre, là où la réserve de non-engagement absolu lui retranchait (v. *supra*, n° 201).

(630) Sur ce critère, v. déjà *supra*, n° 203, *in limine*.

(631) Si donc la réserve d'agrément stipulée par l'acceptant doit encore entraîner l'inexistence du contrat, ce sera pour cette autre raison (v. *infra*, n° 208 et s.).

(632) Moyennant quoi l'acceptation donnée sous une telle réserve n'étant pas celle attendue, ce ne serait pas le contrat proposé qui serait ainsi conclu, mais un autre, qui n'en serait que préparatoire. Sur cette autre figure, v. *infra*, n°s 345 et 346.

délai raisonnable⁽⁶³³⁾. Par cette mention, l'acceptant s'exonérera simplement d'avoir à mettre le pollicitant réservataire en demeure de se prononcer le moment venu, et le contrat sera résolu de plein droit.

En cette hypothèse seulement, la réponse vaudra donc acceptation ; en toute autre, elle ne valait pour rien ou insuffisamment pour former le contrat attendu. Elle pourrait d'ailleurs passer pour autre chose si, plutôt qu'imparfaitement, la réponse était parfaitement mais différemment exprimée.

II - LA RÉPONSE DIFFÉREMMENT EXPRIMÉE

207. Répondre sans accepter – Loin d'approcher ou de feindre l'acceptation, la volition du destinataire de l'offre peut aussi bien tendre à une tout autre fin. Ainsi, devant une proposition qu'il jugerait insuffisamment déterminée pour être approuvée en l'état, l'intéressé adressera-t-il plus volontiers une demande d'information qu'une acceptation. Il le fera alors en demandant au pollicitant, soit de l'éclairer sur le sens à attribuer à l'une de ses stipulations⁽⁶³⁴⁾, soit d'ajouter des précisions complémentaires à son offre. Si toutefois le destinataire parvient à résoudre son indécision, une alternative s'ouvrira à lui : émettre une contre-proposition (A) ou exprimer son refus (B).

A - LA CONTRE-PROPOSITION

208. Contre-proposition et acceptation – L'acceptation, qui se doit d'être pure et simple, ne peut par là-même contenir aucune réserve. Il en va à cet égard de la *réserve de modification* comme de celles qui visaient à feindre ou à différer le consentement⁽⁶³⁵⁾ : l'acceptant ne peut retirer ni ajouter à l'offre, ni modifier l'une quelconque de ses stipulations. S'il le fait néanmoins, sa prétendue acceptation ne vaudra que contre-proposition, impuissante comme telle à former le contrat⁽⁶³⁶⁾.

Du moins ne peut-il rien retirer, ajouter ou modifier d'essentiel⁽⁶³⁷⁾. Car, dès lors qu'il est

(633) V. *supra*, n° 159, *mutatis mutandis*.

(634) Sauf à insérer dans son acceptation une réserve d'interprétation : v. *supra*, n° 203, *in fine*.

(635) Sur lesquelles, v. *supra*, n° 199 et s.

(636) V. ainsi Commission française d'études de l'union législative entre les nations alliées et amies, *Projet de code des obligations et des contrats [commun à la France et à l'Italie]*, 1927, Impr. nat., Paris, 1929, art. 2, dern. al. : « Une acceptation, qui modifie l'offre, ne vaut que comme une offre nouvelle. » ; disposition adoptée in C. civ. italien, art. 1326, dern. al. En France, v. par ex. Com., 17 juin 2003, pourvoi n° 01-10272. Rapp. égal. 3^e civ., 18 nov. 1992, pourvoi n° 91-13668, à propos de la levée d'option modifiant les termes de la promesse et insusceptible comme telle de former la vente.

(637) On s'en tiendra ici à la terminologie usuelle, quand bien même la rigueur sémantique inviterait plutôt, dès lors que l'offre est portée à existence, à préférer le terme de substance à celui d'essence, tant il est vrai que l'essence précède toujours l'existence, quoi qu'on ait pu en dire (v. *supra*, n° 11). Pour cette préférence, v. ainsi PDEC, art. 2:208. Encore ce choix est-il justifié sous l'article 1:301 (5) de ces Principes par un tout autre argument, qui voudrait, contre l'étymologie, étendre la substance au-delà de l'essence pour y inclure des

(suite p. suiv.)

possible de considérer que le pollicitant aurait aussi bien consenti au contrat tel qu'il résulte de la volonté de l'acceptant⁽⁶³⁸⁾, il n'est plus aucune raison que cette dernière mette obstacle à la formation de l'accord⁽⁶³⁹⁾. De sorte que l'acceptation se trouverait disqualifiée en contre-proposition aux seuls cas où elle écarterait de l'offre un élément qui avait conditionné le consentement de son auteur, en ajouterait un dont l'absence avait tout autant déterminé sa volition, ou modifierait enfin une stipulation dont la teneur fut par lui tenue pour intangible⁽⁶⁴⁰⁾.

Dans l'impossibilité où l'on se trouverait de découvrir l'intention de l'offrant sur ce point, on devra cependant s'en tenir à la présomption d'après laquelle tous les éléments de son offre auront déterminé son consentement, dans leur existence et dans leur contenu⁽⁶⁴¹⁾.

éléments non essentiels de l'acte, sans expliquer comment l'une pourrait alors se distinguer de l'autre, considérant qu'un point affectant la décision de contracter, et comme tel substantiel ou *material* au sens des Principes, atteint justement pour cette raison la racine du contrat, et est donc aussi essentiel ou *fundamental* selon les mêmes. À moins de comprendre que l'intention ait été, comme le proposait Jean-Luc AUBERT dans sa thèse de doctorat, de réduire l'essence aux éléments objectivement nécessaires à l'existence du contrat, et de qualifier de substantiels les éléments spécialement ajoutés à cette essence par les contractants : v. J.-L. AUBERT, *op. cit.* (*supra*, note 97), n° 52, p. 57, et n° 294, p. 270.

(638) Dès lors que l'on fonde le contrat sur la volonté des parties, on doit logiquement retenir une définition subjectiviste de son essence, ou de sa substance. Rapp. ainsi PDEC, art. 1:301 (5) : « *un point « substantiel » est celui dont une personne raisonnable, placée dans la même situation qu'une partie, aurait dû savoir qu'il influencerait le cocontractant quant à sa décision de contracter aux conditions proposées ou de conclure le contrat* ». L'objectivation de l'essence contractuelle n'interviendra qu'au stade de la qualification du contrat voulu par les parties : v. *infra*, n° 351.

(639) Qualifiant ainsi d'acceptation la réponse qui a limité son complément à préciser l'état de l'immeuble objet de la vente : Civ., 1^{re} sect., 27 mai 1961, *Bull.*, I, n° 271. Et pour la formation du contrat au cas de désaccord sur des points jugés accessoires, v. par ex. Com., 20 nov. 1984, *Bull.*, IV, n° 313, qui tire de l'opposition entre deux clauses attributives de juridiction contenues dans les conditions générales respectives de chacune des parties l'éviction contractuelle de cette stipulation et un retour consécutif à la compétence territoriale de droit commun : l'exécution du contrat réalisée outre ce désaccord suffisait en effet à établir le caractère accessoire de ce différend aux yeux des contractants. Ou encore Com., 3 déc. 1996, *Bull.*, IV, n° 299, au sujet d'une clause de réserve de propriété non acceptée et ne faisant malgré tout pas obstacle à la formation de la vente : le vendeur avait là aussi délivré son bien nonobstant le rejet de cette stipulation par l'acquéreur. V. égal. CO suisse, art. 2, § 1 : « *Si les parties se sont mises d'accord sur tous les points essentiels, le contrat est réputé conclu, lors même que des points secondaires ont été réservés.* » ; *Restatement Second on contracts*, § 27. Rapp. C. civ. Québec, art. 1393, al. 1^{er} : « *L'acceptation qui n'est pas substantiellement conforme à l'offre [...] ne vaut pas acceptation.* » L'hypothèse correspond d'ailleurs aux réserves émises par les États adhérent à une convention internationale, lesquelles n'empêchent pas leur adhésion tant que la convention ou les États signataires les y autorisent.

(640) Les éléments déterminants du consentement sont de trois espèces : ceux demeurés strictement personnels et occultes (*e.g.* un mobile invouable), ceux convenus mais non incorporés au contrat (qui constituent notamment le support de l'erreur vice du consentement), et ceux enfin qui, convenus, sont en outre contractualisés, formant les éléments du contrat (intégrés à son objet, à sa cause ou figurant comme autre stipulation). Si les premiers sont exclus de la négociation, et donc de l'offre, les seconds en sont au contraire les éléments essentiels (*essentialia negotii*), tandis que les derniers correspondent aux seuls éléments essentiels du contrat (*essentialia contractus*). Pour que l'acceptation forme l'accord, elle doit donc acquiescer à tous les éléments essentiels de l'offre, qu'ils soient destinés ou non à incorporer le contrat, sans se plier nécessairement aux éléments de cette offre qui ne seraient que contingents comme n'ayant pas déterminé le consentement de son auteur.

(641) V. not., à propos des modalités de paiement : Civ., 1^{re} sect., 26 oct. 1964, *Bull.*, I, n° 470 ; Com., 7 juin 1971, *Bull.*, IV, n° 161, qui censure une cour d'appel au motif « *qu'elle ne pouvait se substituer aux parties pour exercer en leur nom un choix que celles-ci s'étaient réservé afin de convenir de modalités de paiement du prix à défaut desquelles la vente ne pouvait être considérée comme parfaite* » ; 3^e civ., 2 mai 1978, *D.* 1979, p. 317, note J. Schmidt-Szalewski ; *JCP* 1980, II, 19465, note P. Fieschi-Vivet ; Com., 16 avril 1991, *Bull.*, IV, n° 148 ; *JCP* 1992, II, 21871, note M.-O. Gain ; *RTD civ.* 1992, p. 79, obs. J. Mestre.

Il en est une raison logique et une autre pratique : la première tient dans le simple constat que si la présence de ces éléments lui avait été indifférente, l'offrant n'aurait probablement pas pris la peine de les y introduire⁽⁶⁴²⁾ ; la seconde invite à préférer imposer une étape supplémentaire dans la formation de l'accord plutôt qu'à risquer, en réputant celui-ci immédiatement conclu, de contraindre l'offrant à un contrat qu'il n'aura pas totalement voulu⁽⁶⁴³⁾. Quant à ajouter à l'offre une précision qu'elle ne contenait pas, la solution s'impose avec plus d'évidence encore : soit il ne s'agit pour le destinataire que d'inscrire dans le contrat une solution supplétive déduite du droit commun dans le silence des parties, et cette précision ne fera que conforter une offre qui s'y conformait déjà implicitement⁽⁶⁴⁴⁾, soit la précision porte avec elle une solution différente, et elle viendra contredire alors la proposition qui s'en tenait à ce droit commun⁽⁶⁴⁵⁾. S'il y a bien acceptation dans le premier cas, il n'y a que contre-proposition dans le second.

La modification qu'apporterait l'acceptant à la quotité définie par le pollicitant pose à cet égard un problème particulier. S'il paraît bien entendu en effet que la variation proposée d'une qualité substantielle de la chose objet du contrat, propre donc à en changer l'espèce même, contredit l'offre reçue, cette contradiction n'est pas toujours aussi clairement perçue lorsque la variation n'affecte que la quotité de l'objet contractuel. La solution consistant à autoriser l'acceptant à modifier la quotité stipulée par l'offrant pourrait ainsi rouler sur un présupposé et une condition : le présupposé serait d'admettre que, toute quantité étant divisible par essence, il devrait en aller de même dans l'intention, au moins présumée, du stipulant ; la condition consisterait alors à veiller, ceci admis, à préserver encore l'intérêt de ce dernier. Si bien qu'il serait par exemple possible, selon cette opinion, d'autoriser le destinataire d'une offre de vente à acheter pour une quantité moindre que celle qui lui a été proposée tant qu'il en paye le même prix voire un prix diminué en proportion. Or cette analyse procède assurément d'une confusion : à la différence en effet de l'objet physiquement observé qui se définit d'abord dans son unité, et donc par son espèce, l'objet d'un contrat, comme tout objet pensé, se détermine par son espèce et sa quotité ensemble (C. civ., art. 1129). Offrir à la vente cent exemplaires d'un même ouvrage revient ainsi à céder le lot constitué par cette centaine indivisible et non pas cent fois un exemplaire différent ; ce en quoi il y a une vente plutôt que cent. À moins donc d'une intention

(642) Sauf indice contraire donc : l'auteur aura ainsi pu se contenter de suivre la rédaction proposée par un modèle type sans prêter aucun intérêt particulier à quelques unes des clauses qu'il aura recopiées, ou définir, parce qu'il le fallait bien, la quotité d'une prestation sans qu'il lui importât que ce montant différât d'un peu plus ou d'un peu moins.

(643) Et ce même si l'on doit lui laisser la faculté de s'opposer *a posteriori* à la modification apportée par l'acceptant (v. *infra*, *eod. num.*) : on risquerait encore sinon de déduire de son silence son acquiescement à une modification substantielle de son offre. Sur l'insignifiance de ce silence, v. *supra*, n° 179 et s.

(644) En ce sens, v. par ex. J.-L. AUBERT, *op. cit.* (*supra*, note 97), n° 287, p. 263 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.* (*supra*, note 119), n° 147, p. 115 ; J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *Traité des contrats – La vente*, LGDJ, 1990, n° 117, p. 128 ; G. TREITEL, *op. cit.* (*supra*, note 87), p. 19.

(645) Car il y a toujours un droit commun, même là où il ne dispose pas : on s'oblige alors là où la loi n'oblige à rien.

spécialement contraire de l'offrant, on ne peut pas plus autoriser l'acceptant, sous couvert de préserver l'intérêt abstraitement apprécié du cocontractant, à réduire la quotité voulue par celui-ci qu'on ne lui permet de l'augmenter⁽⁶⁴⁶⁾. Il n'est pas vrai, en matière contractuelle, que la partie soit dans le tout⁽⁶⁴⁷⁾.

Dans son principe, cette solution vaut donc tout autant lorsque la quotité est monétaire. Celui qui se trouve sollicité de prêter une certaine somme d'argent ne peut pas se contenter de n'en fournir qu'une partie sans avoir préalablement recueilli l'adhésion de son cocontractant à cette réduction ou autrement établi que la somme ainsi diminuée présentait toujours un intérêt pour l'emprunteur⁽⁶⁴⁸⁾. Et l'on ne peut pas plus déduire de l'acceptation donnée pour un prix supérieur à celui exigé par un vendeur que la vente s'en trouverait conclue au prix le plus bas : ici encore, sauf à forcer la volonté du contractant en fonction d'un intérêt qu'on lui imposerait, le plus n'implique pas nécessairement le moins⁽⁶⁴⁹⁾. S'il peut parfois en aller autrement, ce ne sera jamais qu'au constat de circonstances propres à faire présumer que la quotité indiquée était, pour son stipulant, spécialement divisible, ce qui, en l'occurrence, vise notamment l'hypothèse dans laquelle l'acceptant aurait ignoré, ou simplement oublié, le prix initialement demandé par le vendeur⁽⁶⁵⁰⁾.

Au cas néanmoins où l'acceptant n'aurait rien ignoré de la modification qu'il aura apportée à l'offre et que serait en outre présumé, en renversement du droit commun, que cette modification fut indifférente au pollicitant, on laissera encore à ce dernier la faculté de la refuser afin de s'assurer au mieux de son caractère effectivement contingent. Ce n'est qu'après un silence maintenu pendant le temps nécessaire à l'expression de son désaccord que l'on pourra réputer le contrat formé par l'acceptation⁽⁶⁵¹⁾. S'il fait connaître son refus, il

(646) En droit anglais même, au sujet de la vaine acceptation pour huit cents tonnes de fer de l'offre de vente qui en proposait mille deux cents, v. *Tinn vs. Hoffmann & Co*, 1873.

(647) V. ainsi C. civ., art. 1220 : « L'obligation qui est susceptible de division, doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible. » ; et encore art. 1244 : « Le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible. »

(648) Sur cet exemple, v. Ch. TOULLIER, *op. cit.* (*supra*, note 448), n° 27, p. 29 ; L. LAROMBIÈRE, *op. cit.* (*supra*, note 12), art. 1101, n° 10, p. 9, qui explique : « Il ne s'agit pas de savoir si le plus contient le moins, principe d'ailleurs matériellement vrai ; mais si celui qui veut plus veut moins, si celui qui veut une chose dans une certaine mesure, veut également cette chose dans une mesure moindre et par conséquent autre. »

(649) Comp. pourtant la règle sans nuance que nous livrent ici les droits romain (PAUL, *in Dig.*, L, XVII, 110), puis canonique (BONIFACE VIII, *Sextus*, V, XIII, *De regulis juris*, 35) : *Plus in se continet minus* (Le plus contient le moins). D'où il se déduirait que l'acceptation donnée pour vingt pièces d'or à une offre qui n'en réclamait que dix formerait la vente à ce moindre prix (ULPIEN, *in Dig.*, XLV, I, 1, § 4).

(650) Celui qui, parce qu'il ne se souvient plus du prix lu sur une annonce, se présente comme acquéreur pour 150 euros, est réputé accepter par là pour tout prix inférieur ou égal à celui-ci, de sorte que, en cette circonstance seulement, la vente pourra effectivement se former au prix de 100 euros si tel était celui indiqué dans l'offre du vendeur. Mais si l'intéressé a cru, par erreur, accepter exactement au prix demandé, son prix resterait aussi indivisible que l'était celui du pollicitant : v. *infra*, n° 226.

(651) Il ne s'agit donc pas de déduire de l'inaction du pollicitant son acquiescement tacite à une contre-proposition, ce qu'interdit le silence (v. *supra*, n° 179 et s.), mais seulement le caractère contingent de la modification apportée par l'acceptant. Cette solution, encore assez peu pratiquée en droit français (v. cep. 2^e civ., 6 juill. 1966, *Bull.*, II, n° 737, au sujet d'une clause attributive de compétence ajoutée par l'acceptant), semble plus ouvertement admise à l'étranger : v. par ex. UCC, § 2-207 (2) ; NBW, art. 6:225 (2). Elle s'exprime notamment dans la plupart des instruments juridiques internationaux. V. en premier lieu LUFC, art. 7, § 2 : « une réponse à une offre qui tend à être une acceptation, mais qui contient des éléments (suite p. suiv.) »

faudra alors conclure à l'inexistence du contrat plutôt qu'à sa formation sur la base de l'offre initiale, considérant que la mention introduite par son correspondant dut être tout aussi déterminante du consentement de ce dernier.

À chaque fois donc que le destinataire de l'offre apportera à celle-ci une modification substantielle, c'est-à-dire propre à faire disparaître l'*animus contrahendi* du pollicitant, sa réponse vaudra contre-proposition plutôt qu'acceptation incomplète, et le contrat restera toujours inexistant. On ne déduira en effet, sauf intention contrairement exprimée là encore par l'offrant, aucun accord partiel de la volition qui n'adhérerait pas à tous les éléments essentiels de l'offre⁽⁶⁵²⁾ : on évitera ainsi de borner la liberté contractuelle des parties pour la négociation restant à conduire, celles-ci devant demeurer libres de discuter de tous les aspects du contrat envisagé, même ceux ayant déjà recueilli un assentiment qui, pour être mutuel, n'en était pas moins temporaire. C'est en cela encore que l'acceptation se doit d'être pure et simple.

On trouve une expression de ces principes dans la conclusion des contrats par échange de conditions générales⁽⁶⁵³⁾. Si le droit français conserve sur cette question le même silence que celui qu'il entretient depuis toujours sur la formation du contrat⁽⁶⁵⁴⁾, les droits étrangers s'en sont pour leur part emparés de longue date, le droit anglais en tête, sous l'expression suggestive de *battle of forms*. La règle traditionnelle, de *common law*, est ainsi celle dite de l'image miroir (*mirror image rule*), selon laquelle le destinataire n'est réputé accepter l'offre que si ses conditions générales correspondent en tous points à celles du pollicitant, la moindre divergence entraînant alors l'inexistence du contrat. Devant la sophistication croissante de conditions générales stipulées en regard d'un droit commun toujours plus complexe, la rigueur de la règle originale a dû néanmoins s'amender d'un tempérament

complémentaires ou différents n'altérant pas substantiellement les termes de l'offre, constitue une acceptation, sauf si l'auteur de l'offre en relève les différences dans un bref délai ; s'il ne le fait pas, les termes du contrat sont ceux de l'offre, avec les modifications comprises dans l'acceptation. » ; puis, dans les mêmes termes, CVIM, art. 19, § 2 ; Principes Unidroit, art. 2.1.11 (2) et 2.1.12 ; PDEC, art. 2:208 (3) b, et 2:210. *Adde* encore l'Avant-projet de Code européen des contrats, Académie des privatistes européens, dir. G. Gandolfi, Pavie, 2001, art. 16, al. 7.

(652) V. en ce sens G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil – Les obligations*, t. I, préc. (*supra*, note 403), n° 114, 3°, p. 112 : « L'acceptation peut d'ailleurs être partielle et pourtant efficace si, dans l'intention des parties, il y a place pour un accord partiel ». C'est également la solution admise en droit allemand : v. BGB, §§ 154 et 155. Comp. la rédaction ambiguë de l'article 2.1.22 des Principes Unidroit, qui permettrait, à en suivre la lettre, de présumer l'accord partiel sans avoir à établir l'intention des parties en ce sens.

(653) Pour une définition, v. BGB, § 305 (1) : « Les conditions générales sont toutes les conditions qui sont formulées par avance pour une pluralité de contrats et que l'une des parties au contrat, le stipulant, impose à l'autre partie lors de la conclusion d'un contrat. » V. depuis PDEC, art. 2:209 (3) : « Les conditions générales du contrat sont les clauses qui ont été établies à l'avance par une partie pour un nombre indéfini de contrats d'une certaine nature et qui n'ont pas été l'objet d'une négociation individuelle entre les parties. » ; rapp. Principes Acquis, art. 6:101 (3). Et sous une autre terminologie, v. Principes Unidroit, art. 2.1.19 (2) : « Sont des clauses-types les dispositions établies à l'avance par l'une des parties pour un usage général et répété et effectivement utilisées sans négociation avec l'autre partie. »

(654) Les propositions de lois et les amendements régulièrement déposés afin de régler cette question ont toujours été rejetées. V. en dernier lieu l'amendement n° 160 introduit le 20 nov. 2007 devant l'Assemblée nationale au cours de la discussion de la loi du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, et qui suggérait d'y insinuer la disposition selon laquelle les conditions générales de vente « *priment nonobstant toute stipulation contraire sur les conditions d'achat* ».

pour ne plus s'appliquer qu'aux seules conditions jugées essentielles⁽⁶⁵⁵⁾, le désaccord résiduel n'empêchant plus la formation du contrat. En ce dernier cas donc, l'accord est conclu aux conditions communes aux deux parties, pour l'essentiel, mais à celles de l'acceptant pour les conditions contingentes : c'est la règle dite du dernier mot (*last shot theory*)⁽⁶⁵⁶⁾, qui laisse toutefois l'offrant en mesure de refuser ces dernières⁽⁶⁵⁷⁾.

209. Contre-proposition par offre croisée – La contre-proposition peut également être involontaire et résider dans une offre simultanément émise par le pollicité à l'adresse du pollicitant⁽⁶⁵⁸⁾. Dès lors en effet que deux propositions portent sur le même objet et qu'elles tendent ainsi à la formation du même contrat, chacune pourra valoir contre-proposition à l'autre si, comme il est probable, elles diffèrent sur quelques points. Il s'agira alors de décider si ces volitions réciproques pourraient suffire à former l'accord.

Le problème suppose pour préalable de ne considérer que l'hypothèse dans laquelle les différences manifestées par les deux offres ne seraient que contingentes, c'est-à-dire non déterminantes de l'intention contractuelle des deux pollicitants⁽⁶⁵⁹⁾ : il faut pouvoir juger que chacun des auteurs aurait aussi bien contracté aux conditions de son interlocuteur. Car, si deux offres portant sur le même objet présentent des divergences essentielles⁽⁶⁶⁰⁾, il devient alors certain que les volontés ne se seront pas accordées et que le contrat attendra donc toujours l'acceptation de l'une ou l'autre de ces propositions pour se former⁽⁶⁶¹⁾.

(655) Au point que le code civil néerlandais exclut même de la qualification de conditions générales, et du régime qui s'y applique, les stipulations qui décriraient les obligations essentielles des parties : *NBW*, art. 6:231 (a).

(656) En ce sens, v. par ex. *Zambia Steel & Building Supplies Ltd vs. James Clark & Eaton Ltd*, 1986. Pour le droit allemand, v. D. BEN ABDERRAHMANE, *Le droit allemand des conditions générales des contrats dans les ventes commerciales franco-allemandes*, th. Paris II, 1979, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 186, 1985, n^{os} 138 à 154, pp. 89-96.

(657) V. par ex. *CVIM*, art. 19, § 2 ; *PDEC*, art. 2:209 (2) b, nonobstant le vice de rédaction du paragraphe 1^{er} ; ou encore l'Avant-projet de Code européen des contrats, Académie des privatistes européens, dir. G. Gandolfi, Pavie, 2001, art. 16, al. 7.

La règle opposée (*first shot theory*) reviendrait à ne tenir aucun compte des modifications accessoires voulues par l'acceptant, le contrat se formant alors pour sa totalité aux conditions initialement communiquées par le pollicitant. Solution curieuse qui suppose de présumer, de façon assez peu plausible, que les modifications apportées par l'acceptant n'auraient pas déterminé son consentement, et qui ne lui laisse de surcroît aucun recours s'il n'a pas expressément veillé à se prémunir de cette présomption. Quant à la solution qui consiste à éliminer toutes les conditions accessoires réciproquement incompatibles pour en revenir à l'application du droit commun (*knock out theory*), elle est plus surprenante encore, ayant pour conséquence d'imposer des règles supplétives pourtant expressément rejetées par les deux parties.

(658) La contre-proposition qui se déduisait du renvoi à des conditions générales différentes de celles communiquées par le pollicitant (v. *supra*, n^o 208, *in fine*) manifestait tout au plus un manque délibéré d'attention portée aux conditions de l'offre et n'avait donc rien d'involontaire. Quant à celle qui résulterait d'une erreur de celui qui aura cru accepter une offre mal comprise, elle n'aura jamais cherché à exprimer autre chose qu'une acceptation, si bien que son examen ressortit à la question de l'efficacité de cette acceptation et non pas à celle de son existence : v. *infra*, n^o 228. Pour l'acceptation donnée dans l'incertitude des conditions de l'offre, v. cep. *supra*, n^o 208, spéc. note 650.

(659) Pour le choix de ce critère, v. *supra*, n^o 208, *in limine*.

(660) Comme par exemple le cas d'une offre de vente à un prix stipulé payable comptant qui croiserait une offre d'achat du même bien à tempérament.

(661) Cette première acceptation vaudra rétractation de l'offre divergente précédemment émise, si bien que l'acceptation réciproque qui serait ultérieurement donnée par le cocontractant demeurerait inefficace à modifier le contrat préalablement conclu. Au contraire, si les deux offres ne portent pas sur le même objet, la première acceptation n'empêchera pas la seconde de former un autre contrat.

Or, la question ici posée est de savoir si, lorsque les différences exprimées n'apparaissent plus qu'accessoirement, l'accord pourrait se conclure avant même la première acceptation.

Un certain nombre d'auteurs l'ont admis, au sujet de l'émission simultanée de deux offres de vente et d'achat du même bien pour un prix différent, estimant alors que, en un tel cas, la vente devait être réputée conclue au prix le plus bas des deux proposés⁽⁶⁶²⁾. Cette opinion ne peut toutefois prospérer qu'à la condition de reconnaître un caractère divisible à la quotité monétaire stipulée par chacune des parties : on ne peut réduire une offre que si celle-ci visait spécialement, non pas un prix fixe et intangible, mais une valeur maximale en deçà de laquelle toute moindre serait acceptable. Or, on voit mal ce qui autoriserait, sinon un intérêt personnel objectivement imposé aux contractants, à modifier en ce sens leurs déclarations. Il n'est en rien avéré que celui qui offre d'acheter à un certain prix entende nécessairement acheter pour tout prix moindre. Le fait reste en effet que les parties ont chacune voulu vendre et acheter pour un prix différent et que l'on ne peut, sans porter la plus vive des atteintes à leur liberté contractuelle, prétendre forcer ainsi leur volonté⁽⁶⁶³⁾. S'il faut conclure à la formation du contrat en cette hypothèse, ce n'est donc pas parce que celui qui offre le plus accepterait forcément le moins, mais seulement parce qu'il se constaterait que la divergence de prix, ou de toute autre quotité, était assez négligeable pour faire présumer que chacune des parties auraient aussi bien contracté dans les termes de son cocontractant⁽⁶⁶⁴⁾. Ce n'est donc que ce dernier point acquis qu'émergera enfin dans toute sa nudité l'hypothèse de la formation du contrat par émission simultanée de deux offres réciproques et essentiellement semblables.

Si l'on considère alors qu'un accord n'exige rien d'autre pour se constituer que la concordance de deux volontés réciproques, on devra naturellement admettre qu'il pourrait se former par cette autre procédure, et donc par l'émission de l'offre la plus tardive, de la même façon que l'on a déjà pu observer qu'un contrat pouvait se conclure par l'expression conjointe de deux acceptations⁽⁶⁶⁵⁾. Quoique, précisément, deux offres ne valent pas deux acceptations : si celles-ci, et en particulier la seconde d'entre elles, répondent à la volition déjà connue du cocontractant, celles-là n'ont toutes deux pour objet que de proposer un engagement à un interlocuteur dont on ignore encore les intentions. De sorte que la seconde offre ne se joint pas plus à la volonté de son destinataire que ne le fait la première.

(662) En ce sens, v. par ex. D. et A. DALLOZ, *op. cit.* (*supra*, note 214), n° 105, p. 78 ; A. ROBERT, *op. cit.* (*supra*, note 319), pp. 162-166 ; J. VALÉRY, *op. cit.* (*supra*, note 86), n°s 223 et 224, pp. 206-208 ; A. DOLBEAU, *op. cit.* (*supra*, note 319), pp. 246-247 ; E. SALLE DE LA MARNIERRE, *op. cit.* (*supra*, note 39), n° 40, pp. 115-117. Rapp. J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *op. cit.* (*supra*, note 493), n° 384, p. 226, pour lesquels, au cas d'une garantie stipulée à deux ans dans les conditions générales de vente et à cinq ans dans les conditions générales d'achat, il conviendrait « de choisir le plus petit dénominateur commun ».

(663) Sur cette discussion, v. plus spéc. *infra*, n° 226. Réfutant ainsi toute conclusion du contrat en cette hypothèse, v. A. COHEN, *op. cit.* (*supra*, note 86), p. 98.

(664) Peu important alors que cette différence s'accusât à la hausse ou à la baisse : on peut bien présumer cette fois, sous réserve de circonstances particulières, que celui qui se proposait d'acheter un bien pour 155 554 euros s'est accordé à la volonté du vendeur qui n'en demandait qu'un de plus, en sorte que la vente serait alors conclue au prix de 155 555 euros si celui-ci fut le premier communiqué.

(665) V. *supra*, n° 119, *in medio*.

S'il y a concordance de deux volitions réciproques, il n'y a donc pas encore *rencontre* de ces volontés, laquelle seule est constitutive de l'engagement contractuel. L'une ou l'autre de ces deux offres simultanées devrait donc toujours, à s'en tenir là, recueillir l'acceptation attendue pour former le contrat⁽⁶⁶⁶⁾.

La figure est toutefois assez spécifique pour justifier une solution particulière. Dès lors en effet que chacun des correspondants a déjà exprimé une volition conforme à l'offre qui lui est adressée, il paraît assez peu utile de lui demander de réitérer son consentement : on pourra se contenter de déduire de l'absence de toute rétractation antérieure de son offre sa volonté maintenue de conclure le contrat qui lui a été proposé⁽⁶⁶⁷⁾. Son consentement anticipé vaudra ainsi acceptation pour le jour de la réception de l'offre réciproque. Si bien que, au cas d'offres simultanées et concordantes, le contrat se formera avec la première réception, c'est-à-dire à l'instant où l'un des auteurs prendra le premier connaissance de la proposition similaire qui lui aura été adressée⁽⁶⁶⁸⁾. À cette seconde, la convention prendra corps et échappera à l'inexistence qui était jusqu'alors la sienne.

210. Contre-proposition et refus – On enseigne classiquement que la contre-proposition véritable, c'est-à-dire celle qui modifie un élément essentiel de l'offre⁽⁶⁶⁹⁾, vaudrait nécessairement rejet de celle-ci⁽⁶⁷⁰⁾. Nombre de droits étrangers paraissent d'ailleurs s'en tenir cette solution⁽⁶⁷¹⁾. Le droit français, pour sa part, n'a pourtant jamais énoncé une telle règle et l'on ne trouve aucun arrêt de la Cour de cassation en ce sens⁽⁶⁷²⁾.

(666) V. en ce sens L. LAROMBIÈRE, *op. cit.* (*supra*, note 12), art. 1101, n° 22, pp. 22-23.

(667) Cette présomption vaut ici comme elle vaut au cas d'acceptation hâtive : v. *infra*, n° 239.

(668) V. not. G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAT, *op. cit.* (*supra*, note 336), n° 41, pp. 30-31 : « Si deux lettres se croisaient, l'une portant proposition de vendre, l'autre portant proposition d'acheter, et cela aux mêmes conditions, le contrat se formerait-il par cette seule concordance des propositions ? Et pourquoi non ? Est-ce que l'accord n'est pas complet ? [...] Les deux parties sont d'accord sur la chose et sur le prix ; il y a donc vente sans qu'une réponse soit nécessaire, les consentements concordant déjà. – Mais à quel moment le contrat se formera-t-il ? Il se formera au moment où la lettre qui arrivera la première à destination sera connue de son destinataire, car c'est à ce moment que le concours des consentements existera définitivement. » V. en ce même sens A. ROBERT, *op. cit.* (*supra*, note 319), p. 163 ; J. VALÉRY, *op. cit.* (*supra*, note 86), nos 216 à 222. Cette solution ne porte en rien atteinte à la sécurité juridique due aux parties, bien au contraire : le cocontractant restera moins longtemps en ce cas qu'en tout autre dans l'ignorance de l'existence de l'engagement conclu puisqu'il en prendra connaissance dès qu'il recevra l'offre concordante simultanément émise par son correspondant.

(669) V. *supra*, n° 208.

(670) V. par ex. P. ESMEIN, *op. cit.* (*supra*, note 71), n° 139, b, p. 160 ; J.-L. AUBERT, *op. cit.* (*supra*, note 97), n° 297, p. 274 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.* (*supra*, note 119), n° 147, p. 115 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.* (*supra*, note 19), n° 121, p. 134, note 4. Rapp. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.* (*supra*, note 242), n° 473, p. 243 ; et M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.* (*supra*, note 101), n° 108, p. 257, qui estiment que la « contre-proposition rend caduque l'offre initiale. »

(671) V. ainsi *Rolls Court Hyde vs. Wrench*, 1840 ; *Restatement Second on contracts*, § 39 (2) ; *BGB*, § 150 (2) ; *NBW*, art. 6:225 (1). Et en matière internationale : *LUFC*, art. 7, § 1 ; *CVIM*, art. 19, § 1 ; *Principes Unidroit*, art. 2.1.11 (1) ; *PDEC*, art. 2:208 (1).

(672) L'arrêt généralement cité au soutien de cette opinion a bien refusé à l'auteur d'une contre-proposition la faculté d'accepter l'offre initiale mais uniquement parce qu'il a pu être établi que celle-ci avait été entre-temps révoquée par le pollicitant : Civ., 3 févr. 1919, *DP* 1923, I, p. 126. Quant à celui rendu le 9 décembre 1987 par la Troisième chambre civile (pourvoi n° 86-14767), il prend soin de relever que la cour d'appel avait estimé que l'existence du refus résultait des termes de la contre-proposition et non pas, en soi, de la seule qualification de contre-proposition.

Tout au contraire, plusieurs de ses décisions ont autorisé l'auteur d'une contre-proposition à se rétracter pour accepter finalement le contrat aux conditions de l'offre initiale ⁽⁶⁷³⁾.

Et, de fait, cette autre solution se conçoit mieux. On ne voit rien en effet qui impose, même lorsque la contre-proposition est assez précise, certaine et ferme pour valoir contre-offre, d'associer celle-ci à un rejet de la sollicitation initiale. Aucun rapport logique n'infère l'une de l'autre : on peut fort bien proposer autre chose sans renoncer à accepter l'offre initiale si sa contre-proposition ne recueille pas l'accord espéré ⁽⁶⁷⁴⁾. On le peut même si bien que, si présomption il doit y avoir, elle devrait plutôt porter en ce sens ⁽⁶⁷⁵⁾ : car déduire systématiquement le refus de la contre-proposition revient à priver son auteur du choix qu'il a pu vouloir se ménager et à contrarier par là l'exercice de sa liberté contractuelle. Comment marchander si, en proposant un moindre prix, on se trouve interdit d'accepter celui précédemment offert par son interlocuteur ? Peut-on vraiment permettre à celui-ci d'empêcher la formation du contrat alors que le contre-proposant accepte finalement sa proposition ⁽⁶⁷⁶⁾ ? L'injustice paraît d'autant plus consommée que si l'auteur d'une offre peut la révoquer tant qu'elle n'est pas acceptée ⁽⁶⁷⁷⁾, il n'en va pas de même pour celui qui exprime un refus ⁽⁶⁷⁸⁾, en sorte que l'auteur de la contre-proposition verrait sa volition attachée à une autre à l'instant de sa déclaration sans pouvoir les joindre à nouveau au jour de sa rétractation éventuelle. On le soumettra entièrement alors à la volonté de son interlocuteur, comme si la première offre n'avait jamais existé.

L'auteur de la contre-proposition doit demeurer libre, par conséquent, d'accepter l'offre initiale tant que celle-ci demeure en vigueur ; cette acceptation vaudra alors révocation de sa propre offre, et empêchera ainsi à son destinataire d'y consentir s'il ne l'avait pas déjà rejetée. Il demeure certes tout à fait possible de lier sa contre-offre à un rejet de la première, mais il n'est aucune raison de présumer ce rapport. Si la contre-proposition est cause d'inexistence du contrat, ce n'est donc, en définitive, que parce qu'elle ne vaut pas acceptation de l'offre, et non pas en ce que, de surcroît, elle impliquerait un refus.

(673) V. ainsi Civ., 17 juin 1873, *DP* 1876, I, p. 313, pour l'acceptation donnée après avoir d'abord répondu que le prix proposé n'était pas acceptable et en avoir offert un moindre. Même hypothèse : 1^{re} civ., 5 mars 1991, pourvoi n° 88-19322, rejetant le moyen qui reprochait à la cour d'appel d'avoir permis à l'auteur d'une contre-proposition de se rétracter pour accepter aux conditions de l'offre initiale.

(674) Pour cette autre solution, au constat du droit positif : A. COHEN, *op. cit.* (*supra*, note 86), pp. 132-134 ; P. CHAUVEL, art. préc. (*supra*, note 371), n° 162, p. 21 ; J. GHESTIN, *op. cit.* (*supra*, note 62), n° 328, pp. 291-292 ; J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *op. cit.* (*supra*, note 644), n° 118, pp. 128-130 ; A. LAUDE, *op. cit.* (*supra*, note 386), n°s 163 et 164, pp. 116-117 ; B. PETIT, *in J.-Cl. Civ.*, art. préc. (*supra*, note 75), n° 43, p. 15.

(675) En particulier lorsque la contre-proposition s'expose sous forme interrogative. Celui qui demande ainsi un rabais n'entend assurément pas se priver de la possibilité d'accepter le prix exigé si sa prétention demeure sans suite. Le droit anglais l'admet en ce cas : *Queen's Bench Division Stevenson, Jacques & Co vs. McLean*, 1880. V. égal. Com., 6 juin 1977, *Ballimur c. Plazer*, inédit, cité par J. Ghestin et B. Desché, *loc. cit.* (*supra*, note 644).

(676) La chronologie de l'échange serait alors la suivante. 1. Offre : « Je vous vends cet objet pour 100 euros » – 2. Contre-offre : « Je vous l'achète plutôt pour 80 euros » – 3. Refus de la contre-offre – 4. Acceptation de l'offre initiale – 5. « Trop tard, il fallait l'accepter immédiatement » ?! On voit bien dans cet exemple qu'aucun rejet de l'offre initiale ne peut se déduire avec certitude de la contre-proposition, pas plus que l'on ne peut interpréter le refus de cette dernière comme valant révocation de la première.

(677) V. *infra*, n° 247.

(678) Le refus emportant caducité de l'offre : v. *infra*, n° 244, *in fine*.

B - LE REFUS

211. L'expression du rejet – Comme l'acceptation, le refus résulte d'une déclaration, même tacite : le silence, qui n'exprime rien, ne vaut pas plus rejet qu'il ne valait acquiescement⁽⁶⁷⁹⁾. Comme pour l'acceptation cependant, la loi en dispose parfois autrement. Et on le comprend bien lorsque le recours de l'administré est subordonné à la décision de rejet de la demande qu'il aura adressée à l'Administration : il est certainement nécessaire alors de tirer une volition du silence gardé par la personne publique si l'on ne veut pas assujettir indéfiniment l'intéressé aux lenteurs ou aux carences administratives et le priver consécutivement de son droit de contestation⁽⁶⁸⁰⁾. Mais on le conçoit moins bien en revanche lorsque la présomption légale s'installe en matière contractuelle : dès lors que le droit d'accepter l'offre proposée est enfermé dans un délai – et il l'est toujours – on ne voit rien qui justifie de forcer ainsi l'intention de son titulaire. Dans tous les cas, qu'il ait voulu ou non refuser, sa faculté s'en trouvera également éteinte. Si bien qu'il était assez peu utile d'introduire la présomption selon laquelle « *Le silence gardé par le titulaire du droit de préemption [urbain] dans le délai de deux mois qui lui est imparti [...] vaut renonciation à l'exercice de ce droit de préemption* » (C. urb., art. R. 213-7)⁽⁶⁸¹⁾, celle d'après laquelle le silence du preneur à bail rural équivaldrait, dans les mêmes termes, « *à une renonciation au droit de préemption* » (C. rur., art. L. 418-8, al. 3, *in fine*)⁽⁶⁸²⁾, ou celle encore par laquelle la loi dispose que « *L'absence de réponse vaut refus* » du salarié de recevoir des offres de reclassement hors du territoire national (C. trav., art. L. 1233-4-1, al. 2, *in fine*). Et quel peut d'ailleurs bien être le sens d'affirmer que « *L'agrément de la personne de l'emprunteur est réputé refusé si, à l'expiration de ce délai [de sept jours], la décision d'accorder le crédit [à la consommation] n'a pas été portée à la connaissance de l'intéressé* » (C. consom., art. L. 311-13), tout en précisant à la suite que « *L'agrément de la personne de l'emprunteur parvenu à sa connaissance après l'expiration de ce délai reste néanmoins valable si celui-ci entend toujours bénéficier du crédit.* » ? Si l'établissement de crédit peut encore donner son agrément hors délai, c'est bien qu'il ne l'avait pas précédemment refusé⁽⁶⁸³⁾ ! En toute hypothèse donc, l'expiration du délai de

(679) V. *supra*, n° 179. *Contra*, estimant que le silence vaut refus : M.-J. LITTMANN, *op. cit.* (*supra*, note 119), n° 94, p. 137.

(680) Le principe en fut posé pour la première fois à l'article 3 de la loi du 17 juillet 1900. Le délai de quatre mois prévu alors a depuis été ramené à deux mois par l'article 21, alinéa 1^{er}, de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000. V. égal. C. just. adm., art. R. 421-2, al. 1^{er}.

(681) L'article R. 213-10, « alinéa 4 » (alinéa 2), du même Code ne souffre pas la même critique : en énonçant que le silence opposé par le vendeur à la contre-proposition du préempteur « *équivalant à une renonciation d'aliéner* », cette disposition porte avec elle cet effet propre de contraindre le propriétaire à notifier une nouvelle offre de cession au maire de sa commune avant de pouvoir procéder à l'aliénation de son bien.

(682) Et ce d'autant moins que cette dernière disposition précise que le délai de deux mois est alors prescrit à peine de forclusion. Car un preneur forclos est, par définition, déchu de son droit par l'autorité de la loi et non parce qu'il l'a voulu : il pourrait encore vouloir préempter mais la loi le prive à présent de cette faculté. Par conséquent, s'il est forclos, c'est qu'il n'a pas refusé l'offre que le vendeur lui a soumise.

(683) À moins d'exciper d'une improbable nuance sémantique afin de limiter cette dernière faculté au seul cas où l'agrément aurait été « *porté à connaissance* » avant l'expiration du délai mais « *parvenu à connaissance* » après celui-ci. La jurisprudence n'y paraît toutefois guère favorable : v. par ex. CA Toulouse, 15 nov. 1994, *BICC* (*suite p. suiv.*)

validité de l'offre ne constitue pas une voie de rejet de la proposition, même si son effet est essentiellement le même⁽⁶⁸⁴⁾.

212. La sanction du rejet – Lorsqu'il s'exprime néanmoins, le rejet peut aussi bien porter sur l'ensemble de l'offre, ou sur l'un de ses éléments essentiels, que sur un point accessoire de celle-ci⁽⁶⁸⁵⁾. En ce dernier cas, le refus ne mettra aucun terme à l'offre en cours et pourrait même accompagner une volition suffisante à valoir acceptation pour former un contrat ainsi réséqué de la stipulation rejetée⁽⁶⁸⁶⁾. Mais en toute autre hypothèse, le rejet de l'offre entraînera son extinction par caducité⁽⁶⁸⁷⁾ et constituera une cause propre d'inexistence du contrat, sans que le pollicitant puisse arguer de sa croyance légitime pour y obvier⁽⁶⁸⁸⁾.

On a déjà pu observer cependant que le refus demeure parfois impuissant à produire cet effet, spécialement lorsque la loi impose le contrat contre le gré du destinataire de la « proposition »⁽⁶⁸⁹⁾, tandis que, si le refus reste efficace en d'autres circonstances, son expression pourra n'en être pas moins réputée fautive en son principe⁽⁶⁹⁰⁾. Hors même ces hypothèses particulières, le droit commun imposera encore de ne pas faire un exercice abusif de sa faculté de refuser l'offre proposée.

L'abus de droit sera constitué chaque fois que son auteur aura eu conscience, ou aurait dû avoir conscience, de causer par l'exercice de son droit un préjudice qu'il aurait pu éviter sans souffrir aucun inconvénient personnel, ou un inconvénient négligeable rapporté à celui imposé à sa victime⁽⁶⁹¹⁾. À cette condition, la faute du titulaire sera établie et sa

1994, n° 1265, qui permet à la banque d'exprimer son agrément au-delà de ce terme. Et l'on ne peut pas non plus voir dans cet agrément tardif une nouvelle offre de la banque, dont l'acceptation formerait un contrat de crédit cette fois affranchi de la procédure de passation antérieure, puisque le contrat ainsi conclu le serait toujours rétroactivement au jour de la première acceptation (v. art. L. 311-13, *in limine*, qui indique que l'acceptation initiale de l'emprunteur forme le contrat sous la condition de l'agrément ultérieur).

(684) Et la stipulation d'un pollicitant qui préciserait qu'il considérera rejetée une offre restée sans réponse après un certain délai n'y changerait rien : on en déduira simplement que cette échéance marquait le terme extinctif de la validité de sa proposition.

(685) Pour la détermination de cette essence, v. *supra*, n° 208.

(686) V. *supra*, *ibid.*

(687) Sur quoi, v. *infra*, n° 244, *in fine*.

(688) Sur la restriction de l'exception d'apparence légitime au seul bénéfice de l'acceptant, v. déjà *supra*, n° 118, spéc. note 69. Sur la théorie de l'apparence dans la formation du contrat, v. plus gén. *infra*, n° 229 et s. Que l'on considère simplement ici le cas du « *Ochi* » grec ou bulgare prononcé en hochant verticalement la tête : un pollicitant étranger pourrait avoir légitimement ignoré que, en ces pays, ce signe ne figure pas l'acquiescement mais, tout au contraire, le refus. Le contrat n'en restera pourtant pas moins inexistant.

(689) C'est la figure du contrat fictif : v. *supra*, n° 180.

(690) Ce en quoi l'acceptation ainsi contrainte ne formerait qu'un contrat proprement forcé : v. *supra*, n° 183. La contrainte pourrait d'ailleurs être de source conventionnelle si les parties s'étaient préalablement obligées dans un accord de principe à réitérer leur consentement.

(691) Rappr. ainsi Com., 11 juill. 2000, pourvoi n° 97-18275 (CCC 2000, n° 174, note L. Leveneur ; *PA* 21 mars 2001, n° 57, p. 19, note Y. Dagherne-Labbé), qui prend soin, pour censurer la cour d'appel qui s'en était tenue à l'absence d'intention de nuire pour rejeter la demande de dommages-intérêts fondée sur une rupture abusive de pourparlers, de s'appuyer sur les éléments de fait relevés par elle et desquels il s'infèrent que le défectionnaire avait nécessairement eu conscience, même si tel n'était pas son but, du décompte qu'il provoquait chez son partenaire de négociation. V. déjà en ce même sens Com., 20 mars 1972, *Bull.*, IV, n° 93 ; *RTD civ.* 1972, p. 780, obs. G. Durry ; *JCP* 1973, II, 17543, note J. Schmidt.

responsabilité engagée⁽⁶⁹²⁾. Il en ira notamment ainsi lorsque l'intéressé aura précédemment manifesté un comportement actif propre à convaincre le pollicitant de ses ambitions contractuelles⁽⁶⁹³⁾ pour finalement rompre la relation sans même prendre la peine d'étudier l'offre reçue. Ce serait assurément le cas du correspondant qui, au terme d'un long et dispendieux échange, solliciterait une proposition⁽⁶⁹⁴⁾ pour valoir offre ferme et définitive et la rejetterait pourtant sans fournir la moindre explication, mettant brusquement fin de la sorte à la négociation en cours⁽⁶⁹⁵⁾. Mais ce serait également celui du partenaire commercial qui, sans préavis ni motif suffisant, refuserait de conclure un contrat en tout point conforme aux précédents : il y aurait alors rupture abusive d'une relation commerciale

Au-delà de cette règle générale, l'abus de droit que l'on voudrait voir constitué sur un droit fonctionnel, pour le cas où celui-ci serait exercé à une fin autre que celle pour laquelle il avait été attribué, ne relèverait plus tant d'un abus dans l'exercice du droit que de son dépassement et, par conséquent, d'une voie de fait : hors la fin pour laquelle le droit subjectif a été conféré, il n'est plus de droit. C'est en cette hypothèse, mais en celle-là seulement, que porte la célèbre critique de PLANIOL : « *le droit cesse où l'abus commence* » (*op. cit.* (*supra*, note 61), t. II, 1923, n° 871, p. 287). Hors ce cas particulier, la distinction classique qu'opérait déjà le droit romain entre le fond de ce droit (*debitum*, ou *Schuld* chez les pandectistes allemands) et le pouvoir d'action qu'il confère (*obligatio*, ou *Haftung* pour les mêmes) conduit à admettre que l'exercice d'un droit puisse être illégitime sans pour autant outrepasser son domaine.

(692) Le droit exercé existant par ailleurs, la sanction de son abus, strictement compris, ne peut résider que dans la responsabilité de son auteur et non dans l'inefficacité de sa mise en œuvre. En ce sens, v. par ex. J.-P. DESIDERI, « Les discriminations dans le choix de son cocontractant », *Dr. & Patr.*, n° 60, mai 1998, pp. 52-66, spéc. p. 66 ; O. BARRET, « Variations autour du refus de contracter », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit – Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, pp. 3-24, spéc. n° 30, p. 24. Sur l'appréciation du préjudice, v. *infra*, n° 249, spéc. note 1040. L'exercice abusif ne devient inefficace que s'il procède en réalité d'un dépassement du droit (sur quoi, v. *supra*, note préc.). Sur cette distinction, v. déjà R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'Empire allemand*, 3^e éd., LGDJ, 1914, n° 310, note 1, *in fine*, p. 373. C'est en cela que la clause abusive du contrat de consommation peut être réputée non écrite lorsqu'elle a pour objet ou pour effet de créer un déséquilibre significatif, car l'exercice abusif de la liberté contractuelle déborde alors le champ du licite qui définit le domaine même de cette liberté et au-delà duquel elle n'existe plus (v. Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, th. Aix-Marseille III, 1999, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 337, 2000, pp. 291-466).

Il faut d'ailleurs laisser à part le cas de la faute commise à l'occasion de l'exercice du droit considéré mais tout à fait indépendante de celui-ci. Celui qui, par exemple, profiterait de sa déclaration de rejet pour insulter publiquement son interlocuteur commettrait une faute foncièrement étrangère à l'usage de sa liberté contractuelle et dont celle-ci n'aurait été que le prétexte. Cela vise donc aussi l'usager de transport en commun, ou de tout autre service public, qui refuserait de s'acquitter du prix requis : sa faute ne résidera évidemment pas dans le refus qu'il aura manifesté de conclure le contrat mais dans l'utilisation frauduleuse que, nonobstant, il aura faite du service. Ce en quoi cette faute étrangère commise à l'occasion de l'exercice d'un droit ne constitue pas à proprement parler un abus de ce droit.

(693) De cette condition, il résulte que l'abus procèdera plus souvent de la révocation d'une offre par celui qui s'est ainsi déclaré que du rejet de celle-ci par un destinataire qui n'avait rien demandé. Sur cette autre hypothèse de rupture abusive, v. *infra*, n° 249.

(694) Pour l'adoption de ce critère, v. not., à la source, L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2^e éd., Dalloz, 1939, n° 93, pp. 133-135, et R. MOREL, « Du refus de contracter opposé en raison de considérations personnelles », *RTD civ.* 1908, pp. 289-311.

(695) V. ainsi Com., 20 mars 1972, préc. (*supra*, note 691), qui retient que la société poursuivie avait « *rompu sans raison légitime, brutalement et unilatéralement, les pourparlers avancés qu'elle entretenait* » ; 7 avril 1998, pourvoi n° 95-20361 (D. 1999, p. 514, note P. Chauvel, et SC, p. 127, obs. J. Schmidt-Szalewski), qui relève que le rejet de plusieurs projets de contrat et la rupture consécutive des pourparlers sont intervenus au terme de plusieurs années de négociation et sans motif légitime ; 11 juill. 2000, préc. (*supra*, *ibid.*), qui censure une cour d'appel pour avoir rejeté l'action en responsabilité intentée pour rupture abusive « *alors qu'elle retenait que les pourparlers avaient été très avancés* » ; 25 févr. 2003, pourvoi n° 01-12660, qui approuve l'arrêt d'appel d'avoir jugé qu'une société « *avait commis une faute en refusant, à la suite des pourparlers, de contracter* » dès lors « *qu'elle a suscité chez [son interlocuteur] la confiance dans la conclusion du contrat envisagé, les pourparlers étant suffisamment avancés pour lui faire légitimement croire que ceux-ci allaient aboutir* ».

établie (C. com., art. L. 442-6, I, 5°). Et serait encore abusif le rejet de l'offre qui ne serait motivé que par des préjugés discriminatoires portant sur des éléments ou des expressions de la personnalité du pollicitant et comme tels parfaitement étrangers à l'objet du contrat proposé⁽⁶⁹⁶⁾ : cet abus-là sera même sanctionné par le droit pénal (C. pén., art. 225-1 et s., spéc. art. 225-2, al. 1^{er}, 3° et 6°).

En toute hypothèse cependant, le refus, même abusif, demeurera efficace⁽⁶⁹⁷⁾ et mettra obstacle à l'existence d'un contrat. On devrait certes pouvoir reconnaître à son auteur la possibilité de se rétracter assez tôt pour que la révocation de son refus parvienne avant celui-ci à son destinataire⁽⁶⁹⁸⁾. Mais la rétractation du refus ne vaudra pas nécessairement acceptation⁽⁶⁹⁹⁾, à moins qu'elle n'emprunte précisément cette forme : car on peut regretter d'avoir trop rapidement rejeté une offre et vouloir se ménager encore le temps de la réflexion. De sorte que, même ce rejet révoqué, le contrat n'en restera pas moins inexistant dans l'attente de l'acceptation attendue.

213. Conclusion – On observe ainsi que l'acceptation restera inexistante en diverses hypothèses. Le silence, le premier, impose sa vacuité au consentement, empêchant celui-ci de sourdre en l'absence de circonstances assez significatives pour l'en extraire. À l'inverse, une volition peut se déclarer bruyamment sans que son auteur ne l'ait pourtant jamais désirée. Il suffirait même, plus largement, que son intention demeure simplement incertaine pour disqualifier toute velléité contractuelle. Et l'auteur peut encore déclarer intentionnellement sa volonté sans rechercher pour autant la conclusion d'un contrat. Peu importerait à ce titre que sa déclaration apparût alors comme une acceptation dès lors qu'il se sera réservé le droit de ne pas contracter. À plus forte raison, la réponse qui ne s'y confondrait pas même en apparence empêchera-t-elle le contrat de paraître, provisoirement au moins si elle se contente d'ajouter substantiellement à l'offre reçue, mais définitivement si elle n'exprime rien d'autre que son rejet.

L'une quelconque de ces circonstances suffira donc à empêcher l'acceptation d'une offre ainsi rendue orpheline. Si bien que tous ces cas se joignent à leur tour aux causes d'inexistence du contrat et rendent d'autant moins contestable, ce faisant, la pertinence de la théorie. Il reste alors à ajouter à son crédit que l'inexistence du contrat sévira avec la

(696) V. par ex. C. trav., art. L. 1142-1, 2°, et L. 2141-5, qui font notamment interdiction à l'employeur de refuser une embauche en raison d'un motif discriminatoire tel que le sexe, la situation de famille ou l'appartenance du candidat à un syndicat. Et pour le principe général, v. C. trav., art. L. 1132-1. V. égal. L. 89-462 du 6 juill. 1989, art. 1^{er}, al. 3, pour le refus opposé par le propriétaire au candidat locataire. *Adde* l'interdiction nouvellement fulminée à l'article 22-1, alinéa 1^{er}, de cette même loi à l'encontre du bailleur qui refuserait la caution présentée par le locataire pour des raisons tenant à sa nationalité ou à son lieu de résidence, alors pourtant qu'un tel motif apparaît directement lié à l'objet de l'obligation souscrite par la caution, le recouvrement d'une créance étant autrement plus incertain lorsque le paiement émane de l'étranger.

(697) V. *supra*, *eod. num.*, spéc. note 692.

(698) Sur les modalités de cette rétractation, v. *a simili*, *infra*, n° 218.

(699) De la même manière, mais à l'inverse, que la rétractation de l'acceptation ne vaut pas forcément refus : v. *infra*, n° 219, spéc. note 734. *Contra* cep. : D. LEFORT, *op. cit.* (*supra*, note 386), n° 102, p. 71, qui voit une acceptation dans toute rétractation d'un refus.

même certitude si, plutôt que tout à fait niée, l'acceptation devait être simplement tenue pour inefficace.

SOUS-SECTION II

L'ACCEPTATION INEFFICACE

214. Un acte constitutif – À l'inverse de l'offre, l'acceptation n'a rien de réceptice : son effet ne nécessite pour se produire aucune réception, ni juridique ni même matérielle⁽⁷⁰⁰⁾. Si elle doit bien se donner au pollicitant, ce n'est que parce que son existence requiert une expression qui soit susceptible d'être perçue de lui⁽⁷⁰¹⁾, et non pas parce qu'on la conditionnerait à cette prise de connaissance⁽⁷⁰²⁾. Son émission n'a pas pour objet d'octroyer une faculté à son destinataire mais celui de conclure immédiatement le contrat, de sorte que sa réception n'a elle-même pour seul intérêt que d'informer le pollicitant de l'existence de l'accord, à présent constitué. Rien n'expliquerait donc que l'on retarde cet effet constitutif par lequel l'acceptation forme l'engagement proposé⁽⁷⁰³⁾. Au bout de cette logique, il importe même peu pour la conclusion du contrat que l'acceptation destinée au cocontractant ne lui parvienne jamais, qu'elle se soit perdue ou qu'elle fût mal adressée⁽⁷⁰⁴⁾.

De ce caractère, il résulte que, à la différence de l'offre, l'acceptation ne communique aucun de ses vices au contrat : les seuls dont elle le grèvera seront ceux qu'elle lui aura transmis depuis l'offre elle-même⁽⁷⁰⁵⁾. Et c'est par voie de conséquence encore que le pollicitant, dont on n'attend plus d'autre volition désormais, ne pourra se prévaloir de

(700) Comp. *supra*, n° 161, pour la double réception à laquelle l'offre se trouve subordonnée.

(701) Sur quoi, v. *supra*, n° 117, *in medio*.

(702) V. ainsi J.-L. AUBERT, *op. cit.* (*supra*, note 97), n° 331, p. 306 : « L'acceptation, en tant que telle, vaut par cela seul que la volonté s'est exprimée. Sa connaissance par l'offrant n'est pas une condition de sa validité. »

(703) Dénonçant ainsi la médiocrité du raisonnement analogique parfois avancé sur ce point pour justifier d'étendre à l'acceptation les caractères reconnus à l'offre : M. DURMA, *op. cit.* (*supra*, note 52), n° 420, p. 483. Sur cette différence essentielle, v. déjà Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, préc. (*supra*, note 214), n° 75, p. 77 : « En vain on objecte que l'acceptation est de la même nature que l'offre ; et que puisque l'offre n'a pas d'effet, tant qu'elle n'est pas connue de celui auquel elle est adressée, l'acceptation ne doit pas avoir d'effet non plus, tant qu'elle n'est pas connue de celui qui a fait l'offre. — La différence est, au contraire, très-grande, entre l'offre et l'acceptation ; et cette réciprocité n'est nullement nécessaire. — On ne pourrait pas comprendre la formation du contrat sans le concours des deux volontés ; et, par conséquent, si l'offre est retirée avant d'avoir été acceptée, le concours de volontés étant impossible, le contrat ne peut évidemment pas se former ! — Mais au contraire, c'est l'acceptation elle-même qui forme le contrat, par le concours des volontés ; et voilà ce qui la différencie profondément de l'offre ! » Aussi le droit anglo-américain avance-t-il de longue date l'effet de l'acceptation à son expédition tout en retardant celle de l'offre à sa réception : v. *infra*, n° 235, spéc. note 893.

(704) Il suffit, pour former le contrat, que l'acceptant ait cru faire connaître son adhésion à l'offrant, car seule l'intention qui soutient sa déclaration caractérise la rencontre des volontés : v. *supra*, n° 118. *Contra cep.* : *Restatement Second on contracts*, § 66, qui subordonne l'efficacité de l'acceptation à l'exactitude de son adressage.

(705) Sur cette contamination du contrat par l'offre, v. *supra*, n° 161.

l'apparence subie au jour de sa réception de l'acceptation pour prétendre imposer ses vues à celles de son cocontractant⁽⁷⁰⁶⁾.

215. Un acte sans effet – Comme tout acte juridique, l'acceptation répond à des conditions de validité. Mais parce qu'elle se donne en contemplation d'un acte qui la précède et la subordonne, sa validité dépendra pour une large part de sa conformité à celui-ci. En sorte que, au total, l'acceptation est soumise à bien plus de causes de nullité que n'en connaissait l'offre⁽⁷⁰⁷⁾.

Tant que l'acceptation adhère en tous points aux termes de l'offre, elle n'essuiera aucun grief de ce chef, quand bien même l'offre portait en elle des stipulations auxquelles le droit refuserait sa sanction : cette acceptation n'en produira pas moins son effet, qui sera de former un contrat, même nul. Mais chaque fois, en revanche, que le consentement qu'aura cru donner l'acceptant échouera à rencontrer la volonté du pollicitant, son acceptation restera nulle, ayant pour objet, juridiquement impossible, d'acquiescer à une offre différente⁽⁷⁰⁸⁾. Si l'offre était donc en réalité inexistante ou si, existante, elle demeurerait néanmoins dépourvue d'effet, l'adhésion manifestée sur la foi contraire demeurerait à son tour parfaitement inefficace, de sorte que, à ce titre déjà, l'acceptation comprendra pour causes de nullité toutes celles qui auront justifié l'inexistence ou l'inefficacité de l'offre⁽⁷⁰⁹⁾. Mais elle s'en découvrira encore bien d'autres toutes les fois qu'elle se donnera à côté d'une offre pleinement existante et efficace. Il suffira pour ce faire que l'acceptant ait mal saisi le sens de la proposition (nullité *ratione materiae*), qu'il y ait répondu hors délai (nullité *ratione temporis*), ou qu'il ait encore entendu accepter une offre qui ne lui était pas destinée (nullité *ratione personae*).

L'efficacité de l'acceptation sera également soumise, en outre, à des conditions demeurant sans parti lié avec la pollicitation. Si la plupart d'entre elles résultent de dispositions de droit spécial⁽⁷¹⁰⁾, le droit commun en propose toutefois une hypothèse caractéristique dans la faculté qu'il paraît laisser au déclarant de reprendre sans délai son consentement par la voie d'une rétractation, laquelle aura bien pour conséquence de priver rétroactivement l'acceptation de son effet.

(706) Raison pour laquelle seul l'auteur de l'acte constitutif qu'est l'acceptation peut se prévaloir de la théorie de l'apparence (v. *infra*, n° 229). Censurant ainsi la cour d'appel qui avait cru pouvoir opposer un engagement de caution à celui dont la signature avait été imitée et qui, comme telle, « *avait toutes les apparences de la régularité pour la société* [créancière], *laquelle était de bonne foi* » : Com., 25 nov. 1997, *Bull.*, IV, n° 302 ; *JCP* 1998, I, 155, n° 6, obs. G. Virassamy ; *RTD civ.* 1998, p. 361, obs. J. Mestre. Pour que le pollicitant puisse se prévaloir de sa croyance légitime, il faudrait qu'il démontre que l'acceptation avait pris les apparences d'une contre-proposition, et qu'il l'aurait alors acceptée.

(707) Comp. en effet *supra*, n° 161 et s.

(708) S'il n'avait pas même cherché à donner une acceptation, celle-ci ne serait pas nulle mais inexistante : v. *supra*, n° 207 et s.

(709) On peut donc, pour celles-ci, se contenter de renvoyer ici à l'étude qui en a été faite *supra*, n° 121 et s., pour l'offre inexistante, et n° 161 et s., pour l'offre inefficace.

(710) V. *infra*, n° 295, et n° 303, spéc. note 41.

De cet ensemble, on observe alors que toutes les causes d'inefficacité de l'acceptation se distingueront selon qu'elles sanctionneront la simple inadéquation du message renvoyé (§ 1) ou, plus radicalement, une privation même du droit d'accepter (§ 2).

§ 1 – L'inadéquation du message renvoyé

216. Reprendre ou se méprendre – La validité de la réponse donnée pour acceptation par celui qui en détient le pouvoir est soumise à la double menace du regret et du malentendu. Dans le premier cas, l'accord sera jugé inadéquat par son auteur même, qui cherchera alors à reprendre son acceptation (I). Dans le second, l'inadéquation sera objective et résultera de la méprise commise par l'acceptant (II).

I - LA REPRISE DE L'ACCEPTATION

217. Une rétractation en voie d'expansion – Il se pourrait que, l'acceptation tout juste exprimée, son auteur la regrette déjà. Les principes gouvernant la formation des contrats devraient alors lui permettre de la reprendre jusqu'à sa réception par le pollicitant (A). Certaines dispositions, toujours plus nombreuses, lui reconnaissent d'ailleurs cette faculté après même réception de l'acceptation (B).

A - LA FACULTÉ MINIMALE : LA RÉTRACTATION JUSQU'À RÉCEPTION

218. Le retrait de la volonté – Comme toute volition, l'acceptation existe dès son émission⁽⁷¹¹⁾. Plus encore, n'appelant aucune autre déclaration, son effet est immédiat : dès l'instant où son auteur s'en dessaisit, elle forme le contrat⁽⁷¹²⁾. Ce n'est donc pas tant en logique qu'en opportunité que l'on permettra à l'acceptant de se rétracter néanmoins en révoquant son acceptation⁽⁷¹³⁾.

(711) Pour le principe, v. *supra*, n° 117, spéc. note 41.

(712) Sur l'effet constitutif de l'acceptation, v. *infra*, n° 214. Comp. avec l'offre, qui voit au contraire son effet retardé à sa réception : *supra*, n° 161.

(713) On *rétracte* sa volonté, en la reprenant, mais on *révoque* un acte juridique, en le dénonçant. L'acceptant qui se rétracte le fait donc en révoquant son acceptation. Sur cette distinction terminologique, v. *infra*, n° 248, *in limine*. Par contre, une fois le contrat formé, et la volonté définitivement engagée, il ne sera plus question de rétractation : la révocation, si elle est permise, portera alors sur le contrat lui-même et sera qualifiée de résolution ou de résiliation.

La rétractation est souvent désignée aussi sous le terme de *repentir*. Nonobstant le caractère passablement connoté de cette dernière qualification, laquelle incite de surcroît à considérer à tort que le consentement contractuel constituerait une faute dont il conviendrait d'obtenir l'absolution, on tiendra l'expression pour synonyme. V. par ex. l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, art. 1110-2, al. 3 : « *Le délai de repentir est celui jusqu'à l'expiration duquel il est permis au destinataire de l'offre de rétracter discrétionnairement son consentement au contrat.* »

S'il ne se déduit pas des principes, ce *jus paenitendi* n'en est pas pour autant dénué de tout fondement⁽⁷¹⁴⁾. Il apparaît d'abord en effet comme le pendant de la faculté de rétractation qui s'ouvrait précédemment au bénéfice réciproque du pollicitant tant que l'acceptation n'avait pas encore été donnée⁽⁷¹⁵⁾. Pendant tout résiduel, sans doute, considérant que, précisément, l'acceptation a désormais été émise ; mais, même aussi circonscrit que possible, le rapport n'en existe pas moins. Quand bien même nierait-on d'ailleurs la pertinence de ce rapprochement et dénoncerait-on alors le privilège ainsi octroyé à l'acceptant, seul gratifié du pouvoir d'anéantir un contrat déjà formé, que cet avantage, ainsi compris, se justifierait encore : seul l'acceptant est en effet soumis au courant de la précipitation et au décompte d'une déclaration mal réfléchie⁽⁷¹⁶⁾. C'est la simplicité du « oui » qui rend sa volition vulnérable. On ne comprendrait pas que l'on attribuât la même faculté au pollicitant maître de son offre et de son temps⁽⁷¹⁷⁾. Le voudrait-on d'ailleurs qu'on ne le pourrait pas : là où la question se pose, l'offrant apprend toujours trop tard l'existence du contrat, au moment où, l'acceptation reçue, nul ne songe plus, sauf dispositions particulières, à permettre à l'un quelconque des contractants de revenir sur son engagement. À lui seul, ce dernier fait suffirait ainsi à justifier finalement la règle : on accorde une faculté de rétractation à l'acceptant parce que cela est possible à son endroit⁽⁷¹⁸⁾.

On le lui permettra du moins tant que sa rétractation parviendra à son destinataire avant son acceptation ou concomitamment à celle-ci⁽⁷¹⁹⁾. À cette condition en effet, on préservera pleinement les intérêts de ce dernier en même temps que ceux du rétractant : en accordant cette faculté, on évite à l'offrant les difficultés promises d'une relation nouée avec celui qui ne voudrait déjà plus de lui pour cocontractant ; en ne l'ouvrant que jusqu'à réception de

(714) On le trouve déjà dans le Digeste : Dig. XII, IV, 5, *passim*. V. sur ce point R. MONIER, *Manuel de droit romain*, t. II, *Les obligations*, 5^e éd., Montchrestien, 1954, n° 144, 3°, pp. 193-194.

(715) Sur ce droit de rétractation de l'offre, v. *infra*, n° 247 et s.

(716) Rapp. J. CARBONNIER, *Les obligations*, préc. (*supra*, note 28), n° 114, p. 229 : « *Peut-être faut-il y voir aussi la conséquence d'un plus grand raffinement – assez byzantin – dans l'analyse du consentement contractuel, le souci indulgent de concéder un peu de droit à la valse-hésitation des contractants timides. Ces contractants sont de toutes les époques, qui, à peine le marché conclu, en ont du regret.* »

(717) Si le pollicitant avait voulu se réserver une voie de rétractation, il aurait pu la prévoir dans son offre. S'il ne l'a pas fait, il est naturel de conclure que cela lui était indifférent. Or cette liberté n'existe justement pas pour l'acceptant.

(718) Nombre d'auteurs qui jugent l'acceptation efficace dès son émission n'en prônent pas moins la reconnaissance d'une telle faculté de rétractation. V. ainsi F. SERAFINI, *Il telegrafo in relazione alla giurisprudenza civile e commerciale*, Pavie, 1862, trad. Lavalley de Lameillère, *Le télégraphe dans ses relations avec la jurisprudence civile et commerciale*, A. Durand, Paris, 1863, § 24, pp. 42-44 ; E. HEPP, *De la correspondance privée postale ou télégraphique*, th. Strasbourg, 1864, n° 115, pp. 108-109 ; A. GIRAULT, *Traité des contrats par correspondance*, L. Larose et Forcel, 1890, n° 69, pp. 92-95 et n° 94, pp. 134-137 ; Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, 5^e éd., t. III, LGDJ, 1923, n° 27, p. 26 ; J. GHESTIN, *op. cit.* (*supra*, note 62), n° 355, pp. 324-325. Rapp. C. civ. italien, art. 1328, al. 2 ; CO suisse, art. 9, § 2, et art. 10, § 1. Et pour le droit anglais : G. TREITEL, *op. cit.* (*supra*, note 87), pp. 28-29.

(719) Si donc le contrat était conclu entre plus de deux parties et subordonné à la dernière acceptation attendue, les premiers acceptants ne devraient, sauf stipulations contraires, pouvoir se rétracter que jusqu'à réception de leurs acceptations respectives.

l'acceptation, on veille à soustraire le même aux déboires d'une croyance trompée en l'existence du contrat⁽⁷²⁰⁾.

Pratiquement du reste, cette solution est déjà de droit positif. C'est bien celle que l'on rencontre en effet en matière postale lorsque l'on permet à l'expéditeur de récupérer sa missive tant qu'elle n'est pas entrée en possession, et en propriété, de son destinataire⁽⁷²¹⁾. Ce retrait matériel ne figure rien d'autre en somme que la faculté générale laissée à tout auteur de reprendre sa déclaration. Ce que l'on autorise matériellement doit donc aussi pouvoir se réaliser intellectuellement appliqué à l'expression de la volonté : le déclarant rattrapera alors son acceptation par une révocation transmise à l'aide un moyen de communication concurrent et plus rapide⁽⁷²²⁾. Plus encore : même le premier message délivré, un autre parvenu plus tard devrait demeurer efficace à le révoquer tant que son destinataire n'en avait pas encore pris connaissance⁽⁷²³⁾. Peu importerait donc que, tardant à

(720) Par ce correctif apportée à la rigueur souvent dénoncée de la théorie de l'émission, se trouve ainsi évincé le principal argument de ses contempteurs : si l'on accorde à l'acceptant la possibilité de se dédire tant que l'offrant ignore sa première déclaration, il n'est plus aucune raison de forcer la logique juridique – cette fois – pour prétendre retarder l'acceptation à sa réception. Sur ce débat, v. *infra*, n° 236. Cette faculté de rétractation rejoint donc celle naturellement admise par les auteurs et systèmes qui retardent l'effet de l'acceptation à sa réception. V. par ex. LUTC, où, après avoir énoncé à l'article 8, § 1, que « *La déclaration d'acceptation ne produit d'effet que si elle parvient à l'auteur de l'offre dans le délai qu'il a stipulé* », il est ajouté à l'article 10 que « *L'acceptation est irrévocable, sauf si la révocation parvient à l'auteur de l'offre avant ou en même temps que l'acceptation.* » ; CVIM, art. 18, § 2, stipulant que « *L'acceptation d'une offre prend effet au moment où l'indication d'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre.* », puis art. 22, qui précise que « *L'acceptation peut être rétractée si la rétractation parvient à l'auteur de l'offre avant le moment où l'acceptation aurait pris effet ou à ce moment.* » ; Principes Unidroit, art. 2.1.6 (2) et 2.1.10, dans les mêmes termes ; rapp. encore PDEC, art. 1:303 (2) et (5) et l'art. 2:205 ; et Avant-projet de Code européen des contrats, Académie des privatistes européens, dir. G. Gandolfi, Pavie, 2001, art. 16, al. 8. Comp. égal. C. civ. brésilien, art. 433 et 434.

Cela fait-il de la rétractation de l'acceptation un acte réceptice ? Il faut bien l'admettre, dès lors que l'on subordonne précisément son effet à sa réception, avant laquelle la rétractation demeure impuissante à révoquer l'acceptation. Comp. avec la rétractation de l'offre qui vaut quant à elle dès son émission : *infra*, n° 248, *in medio*. D'où ce rapport que, sous le droit commun, la rétractation d'une volition constitutive est nécessairement réceptice tandis que, à l'inverse, la rétractation d'une volition réceptice produit immédiatement son effet.

(721) CPCE, art. R. 1-1-5, al. 2 : « *Tout envoi postal appartient à l'expéditeur aussi longtemps qu'il n'a pas été délivré au destinataire* ». Le préposé des postes est ainsi tenu de restituer le courrier à l'expéditeur qui se présenterait devant la boîte aux lettres du destinataire : à cet instant, il en est encore propriétaire et seul cocontractant du transporteur. V. déjà en ce sens F. GÉNY, *Des droits sur les lettres missives étudiés principalement en vue du système postal français*, Sirey, 1911, nos 95 à 98, pp. 246-257, où il apparaît que la solution est constante depuis que le décret du 8 mai 1867 l'eut consacrée à son article 12.

(722) Accepter par voie postale, c'est donc se ménager un délai de rétractation, notamment par téléphone (CA Paris, 31 mai 1937, *DH* 1937, p. 431) ou par courrier électronique, que ces autres moyens de communication ne confèrent pas, pour le premier, ou pas forcément, pour le second.

Mais la forme de la rétractation ne sera pas toujours libre : elle devra se soumettre à celle qui aura été éventuellement imposée à l'acceptation si les raisons de son adoption valent toujours dans le sens de son retrait. Si, par exemple, la forme prescrite pour l'acceptation l'avait été afin de garantir la certitude de sa date d'envoi, elle s'appliquera tout autant à sa rétractation. V. ainsi C. consom., art. L. 121-64, pour la formation du contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé ; ou encore C. constr. et hab., art. L. 271-1, pour la conclusion de diverses formes d'acquisitions immobilières. Et à propos de la rétractation de l'acceptation d'un donataire : 1^{re} civ., 2 juin 1970, *Bull.*, I, n° 187 ; *JCP* 1972, II, 17095, note M. Dagot ; *RTD civ.* 1972, p. 624, obs. R. Savatier. Si, en revanche, le formalisme de l'acceptation avait eu pour objet de protéger le consentement de son auteur, il est logique, dans le même but, de faciliter la rétractation et de la soustraire par conséquent à toute condition de forme. En ce sens, v. S. BECQUÉ-ICKOWICZ, *Le parallélisme des formes en droit privé*, th. Paris II, 2002, éd. Panthéon-Assas / LGDJ, 2004, n° 274 et s., pp. 207-216.

(723) En ce sens, v. CO suisse, art. 9.

ouvrir son courrier, l'offrant ouvrirait celui renfermant l'acceptation avant celui qui l'informerait de sa rétractation, dès lors qu'il était en mesure, à cet instant, de prendre aussi bien connaissance de l'une que de l'autre. En cette circonstance, les deux déclarations étaient, de son point de vue, parfaitement simultanées⁽⁷²⁴⁾.

Si bien que la règle peut s'énoncer comme suit : l'acceptation se donne sous condition résolutoire de sa rétractation avant réception effective par l'offrant⁽⁷²⁵⁾. C'est au sens le plus strict que l'on peut alors parler de *dédit*⁽⁷²⁶⁾.

219. L'effacement du contrat – Dès qu'il est exprimé, le consentement produit son effet ; dès cet instant donc, la convention est formée. Mais parce qu'il se donne sous condition résolutoire de sa rétractation éventuelle, son effet n'est encore que provisoire, et l'accord conclu sera affecté de la même incertitude. Ainsi menacé par la précarité d'un de ses éléments constitutifs, celui-ci se trouve suspendu à la défaillance de cette condition. De sorte que l'on doit poser pour équation que la condition résolutoire du consentement contractuel équivaut à une condition suspensive du contrat qu'il forme⁽⁷²⁷⁾.

Dès lors, si la condition résolutoire de l'acceptation vient à se réaliser, et celle-ci à être rétroactivement privée de son efficacité originale, le contrat s'en trouvera anéanti pour défaillance de sa condition suspensive. Il en résulte que, rigoureusement, la rétractation de l'acceptation n'entraîne pas l'inexistence du contrat mais sa caducité par disparition

(724) L'acceptant qui voudrait se rétracter n'a donc pas à craindre d'informer l'offrant, ce faisant, de son acceptation antérieure puisque, si celui-ci ignorait encore l'existence de l'accord, alors la rétractation parvenue dans le même temps resterait efficace. Le tout résidera évidemment dans la difficulté probatoire que cette circonstance recèlera pour l'acceptant, puisque la réception matérielle a justement pour intérêt de faire présumer la réception intellectuelle. Cette difficulté pourrait toutefois s'atténuer s'il avait été prévu que l'acceptant adresserait sa déclaration à un tiers désigné comme dépositaire : la détention par celui-ci du courrier contenant l'acceptation n'interdira pas à son auteur de la révoquer tant que le dépositaire ne l'aura pas transmise à son destinataire. Il n'en irait autrement que si ce tiers intervenait, non comme simple dépositaire, mais en qualité de mandataire, doté du pouvoir de prendre réception pour le compte de son mandant. V. par ex., pour le cas d'une élection de domicile en l'étude d'un huissier de justice : 3^e civ., 28 mars 2007, préc. (*supra*, note 45).

(725) Pour cette application de la condition résolutoire au consentement plutôt qu'au contrat, v. par ex. C. consom., art. L. 312-12, al. 1^{er}, en toute lettre. Quant à la rétractation de la rétractation, elle répond à la même logique, qui consiste toujours à rattraper la volition précédente ; elle devra donc parvenir avant la première de façon à restituer l'acceptation initiale. En sorte que, au bout du compte, la dernière volition émise devra toujours arriver première entre toutes.

(726) En ce sens, v. not. L. BOYER, « La clause de dédit », *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, 1985, pp. 41-65, spéc. p. 51, note 31 : « On ne saurait trop souligner l'importance de cette donnée, à savoir que la faculté de dédit concerne le consentement lui-même. ». Adde encore J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, 3^e éd., par P. Mousseron, J. Raynard et J.-B. Seube, éd. F. Lefebvre, 2005, nos 264 à 276, pp. 133-137. Il est parfaitement adéquat de qualifier de *dédit* la révocation exprimée par celui qui revient sur ce qu'il a dit tant que sa volition ne s'est pas irrémédiablement agrégée à un autre acte juridique. Après constitution définitive de l'accord, en revanche, le révoquant ne revient plus seulement sur sa volonté mais sur le contrat lui-même, qu'il cherche à anéantir. De sorte qu'il devient approximatif, sinon abusif, de continuer à parler de dédit : bien plus que de se dédire, il s'agit alors de résoudre, voire de résilier, la convention des parties. Si le dédit est toujours de droit, dans le temps qui lui est imparti pour se manifester, la résolution du contrat ne l'est plus du tout, hors des conditions particulières qui la provoquent.

(727) Rappr. les auteurs, décisions et dispositions légales qui retiennent la qualification de condition suspensive à propos du droit de rétractation spécialement conféré par la loi, *infra*, n° 221, spéc. note 759.

rétroactive d'une de ses conditions d'existence⁽⁷²⁸⁾. Cette analyse justifie à elle seule qu'aucune exécution ne puisse être exigée tant que l'acceptation demeure révocable (C. civ., art. 1181)⁽⁷²⁹⁾ et que la destruction fortuite de la chose objet du contrat demeure *pendente conditione* à la charge de son débiteur (art. 1182).

On en trouve une illustration éclairante dans la vente à l'étalage proposée en grande surface. Le client qui prend possession d'un produit pour le placer dans son chariot accepte dès cet instant l'offre que lui a soumise le distributeur en disposant le bien en rayon. Mais l'acquéreur dispose encore de la faculté de se rétracter tant qu'il n'a pas présenté le produit pour en régler le prix⁽⁷³⁰⁾, le passage en caisse marquant l'instant où le vendeur se trouvera informé de l'acceptation de son cocontractant⁽⁷³¹⁾. En attendant, la vente n'est donc formée que sous condition suspensive de cette absence de rétractation⁽⁷³²⁾.

Mais, de même que la contre-proposition ne valait pas nécessairement refus⁽⁷³³⁾, rien n'impose de poser en principe que la rétraction vaudrait rejet de la proposition reçue⁽⁷³⁴⁾. S'il est bien vrai que le rétractant revient sur sa volonté de contracter, il ne déclare pas ce faisant ne jamais vouloir accepter : il se contente de reprendre une acceptation qu'il aura pu juger hâtive. À elle seule, la rétractation n'entraîne donc qu'un retour à l'état qui précédait l'acceptation, de telle sorte que l'offre initiale devrait s'en trouver restituée jusqu'au terme du délai de validité qui était le sien. Pour qu'il en aille différemment, il faudrait que la

(728) V. ainsi J. CARBONNIER, *loc. cit.* (*supra*, note 716) : « *c'est à l'intérieur d'un contrat déjà conclu que vient jouer le repentir contractuel* ». Rapp. la solution valant pour la rétractation ouverte encore après réception, *infra*, n° 221, spéc. note 762. Sur l'exclusion de l'inexistence au cas de contrat conclu sous condition suspensive, v. plus spéc. *infra*, n° 333. Il n'est guère que lorsque le dédit intervient sur une acceptation donnée trop tôt pour valoir comme telle (v. not. *infra*, n° 239) que, brisant alors le silence dans lequel le consentement se serait manifesté le moment venu, il constitue une véritable cause d'inexistence du contrat.

(729) Conséquence qui ne concerne guère cependant que l'hypothèse dans laquelle l'acceptant disposerait encore, sur disposition spéciale de la loi, de son droit de rétractation après réception de son consentement par son cocontractant (v. *infra*, n° 220) ; car, tant que le pollicitant ignore l'acceptation, il n'est aucune chance pour qu'il réclame son paiement.

Cette inexigibilité *pendente conditione* de la dette contractée sous condition suspensive n'interdit toutefois pas au débiteur de s'exécuter s'il le souhaite : 3^e civ., 19 févr. 1976, *Bull.*, III, n° 76. Il lui sera ainsi permis d'exprimer son acquiescement tacite par exécution anticipée de la prestation demandée, tout en conservant la faculté de se dédire s'il peut faire disparaître son commencement d'exécution ou prévenir le pollicitant de sa rétractation avant qu'il ne découvre le fait. En ce dernier cas, son paiement donnera alors lieu à répétition.

(730) À moins qu'il ne renonce à cette faculté, en consommant d'emblée le produit.

(731) Privant le détenteur de la faculté de reposer le produit, le passage en caisse constituera également l'élément matériel du vol éventuel et autorisera, à cet instant seulement, l'interpellation de son auteur.

(732) Rapp. D. VEAUX, « Vol et transfert de propriété », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Bouzat*, A. Pedone, 1980, p. 351 et s, spéc., p. 374. Mais, néanmoins formée sous condition, la vente confère une protection suffisante à l'acquéreur provisoire pour lui permettre de s'opposer à un consommateur concurrent qui chercherait à soustraire un produit de son *caddie* (arg. C. civ., art. 1180). Où l'on observe ainsi qu'un contrat peut être valablement conclu sous une condition potestative. Sur cette autre question, v. *infra*, n° 291 et s.

Comp. Ph. DELEBECQUE, art. préc. (*supra*, note 414), n° 20, p. 30, qui paraît estimer à l'inverse que la vente serait immédiatement conclue sous condition résolutoire de la restitution du produit avant passage en caisse. Or cette autre solution a notamment pour inconvénient de faire peser *pendente conditione* la charge des risques de la chose vendue sur le consommateur, là où le régime de la condition suspensive la laisse au distributeur (C. civ., art. 1182), sous la seule réserve de la faute établie de l'acheteur.

(733) V. *supra*, n° 210.

(734) Pour l'assimilation de la rétractation à un refus, pourtant, v. D. LEFORT, *op. cit.* (*supra*, note 386), n° 73, p. 46 : « *La rétractation d'un consentement équivaut à un refus de consentir et a les mêmes effets qu'un refus initial.* »

révocation s'exprime à travers un refus de l'offre, ou que celui-ci puisse s'inférer de toute circonstance suffisant à établir cette intention spécifique. Et il faut bien ne pas déduire d'office l'un de l'autre car, à défaut, on serait tenu de considérer que la rétractation emporterait, comme le refus, inexistence du contrat par caducité de l'offre plutôt que, ainsi que démontré, caducité du contrat par révocation de l'acceptation.

Passé la réception de l'acceptation, en revanche, sa rétractation demeurerait inefficace. Elle n'apparaîtrait plus alors que comme une offre de résolution conventionnelle du contrat tout juste conclu⁽⁷³⁵⁾. Il pourrait toutefois en aller autrement si une disposition particulière prévoyait de proroger le délai de rétractation au-delà même de cette réception.

B - LA FACULTÉ ÉTENDUE : LA RÉTRACTATION APRÈS RÉCEPTION

220. Dispositions – Un certain nombre de dispositions légales accordent à l'acceptant⁽⁷³⁶⁾ un délai de rétractation qui dépasse le jour de la réception de son acceptation⁽⁷³⁷⁾. Il s'agit alors pour la loi de garantir le sérieux du consentement donné chaque fois que celui-ci formera un contrat d'une importance particulière ou que la supériorité économique ou technique de l'offrant aura conféré à celui-ci un avantage structurel par trop défavorable à l'acceptant. À cette fin, elle permet à celui-ci de se rétracter au cours d'une période allant généralement de sept jours au moins⁽⁷³⁸⁾ à trente jours au plus selon la nature de l'engagement.

Apparue avec la loi n° 72-6 du 3 janvier 1972 à propos de la souscription après démarchage d'un plan d'épargne en valeurs mobilières (art. 21), cette faculté de rétractation, alors désignée comme une « *renonciation au contrat* », a depuis fait carrière⁽⁷³⁹⁾. À la fin de la

(735) Sauf l'hypothèse dans laquelle l'accord aurait aménagé une faculté de résolution unilatérale au bénéfice de l'acceptant, auquel cas sa révocation n'opérera plus sur son consentement mais sur le contrat lui-même, lequel disparaîtra ainsi par résolution plutôt que par caducité, pour autant du moins que cette conversion de sa rétractation en résolution ne le lésât en aucune manière.

(736) Plus rarement au pollicitant, pour cette raison déjà signalée que celui-ci est à l'initiative du contrat, et qu'il peut donc, s'il le souhaite, stipuler une telle faculté à son bénéfice. Lorsque la loi, néanmoins, lui octroie exceptionnellement un droit de rétractation après conclusion du contrat, c'est toujours en partage de celle parallèlement attribuée à l'acceptant, et dans des situations alors où la qualité de pollicitant ne suffirait pas toujours à garantir sa main-mise sur le processus de formation. L'idée que, dans ces mêmes situations, les qualités respectives d'offrant et d'acceptant puissent ne pas être clairement discernées ne paraît pas non plus étrangère à l'édiction de ces dispositions. V. par ex. C. trav., art. L. 1237-13, al. 3 (rédict. L. 2008-596 du 25 juin 2008), qui ouvre au salarié comme à l'employeur un délai de rétractation de quinze jours après signature de leur accord de rupture.

(737) Parce qu'il s'agit néanmoins de dispositions aménageant une faculté de droit commun, elles appartiennent encore à son étude et, par conséquent, au présent titre. Au contraire, et alors même qu'ils opèrent semblablement, les divers droits de retrait accordés à l'Administration ne ressortissent plus à l'examen du droit commun, exorbitant de celui-ci en tant que prérogatives de puissance publique : v. *infra*, n° 331, *in fine*.

(738) En sorte que l'intéressé dispose toujours du repos de fin de semaine pour délibérer. Les Anglo-Saxons parlent à cet égard de *cooling off period*. Ce délai de rétractation serait cependant de quatorze jours d'après le droit commun européen : v. Principes Acquis, art. 5:103 (1).

(739) Encore que l'on puisse lui découvrir un précédent dans le droit de « *dénonciation* » que la loi du 8 octobre 1946 ouvrait pendant deux mois après signature par le salarié en fin de contrat d'un reçu pour solde de tout

même année, elle s'étendait à tous contrats conclus par démarchage auprès d'un consommateur (L. 72-1137 du 2 déc. 1972, art. 3), et elle fut finalement adoptée sous son nom propre par la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 pour toute fourniture de crédit mobilier à un non-professionnel (art. 7). Les années suivantes virent alors le mécanisme se répandre au sein d'un droit de la consommation encore en formation⁽⁷⁴⁰⁾ et s'étendre au-delà vers le droit des assurances⁽⁷⁴¹⁾ puis le droit immobilier⁽⁷⁴²⁾. Si bien que le droit de rétractation a aujourd'hui essaimé dans tout le Code de la consommation⁽⁷⁴³⁾ et diffusé aussi loin que le Code de la santé publique⁽⁷⁴⁴⁾ ou le Règlement général de l'Autorité des marchés financiers⁽⁷⁴⁵⁾. Parallèlement, l'instrument prospérait également au sein du droit communautaire⁽⁷⁴⁶⁾.

compte, et que la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 a rétabli en même temps qu'étendu à six mois (C. trav., art. L. 1234-20, al. 2) après que la loi du 17 janvier 2002 eut provisoirement aboli l'effet libératoire de cette convention. Selon l'analyse que l'on en fera (v. *infra*, *eod. num.*, note 750), il est également possible d'y rattacher le « *droit de repentir* » que reconnaissait déjà l'article 32 de la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique à l'auteur cédant les droits d'exploitation de son œuvre.

(740) V. not. L. 89-421 du 23 juin 1989, art. 6, II, qui permet au cocontractant du courtier matrimonial de « *revenir sur son engagement* » dans un délai de sept jours à compter de la signature du contrat.

(741) V. par ex. L. 85-677 du 5 juill. 1985, art. 19 (C. assur., art. L. 211-16), qui ouvre à la victime d'un accident de la circulation un délai de quinze jours pour « *dénoncer la transaction* » qu'elle a conclue avec l'assureur appelé. V. encore depuis C. assur., art. L. 132-5-1 (rédict. L. 2005-1564 du 15 déc. 2005), selon lequel « *Toute personne physique qui a signé une proposition ou un contrat d'assurance sur la vie ou de capitalisation a la faculté d'y renoncer [...] pendant le délai de trente jours calendaires révolus à compter du moment où elle est informée que le contrat est conclu.* » – même si, selon l'article L. 122-2 du même Code, le consentement du souscripteur ne s'analyse pas en une acceptation (sur quoi, v. *supra*, n° 157, spéc. note 375).

(742) L. 89-1010 du 31 déc. 1989, art. 20, selon lequel tout acte d'acquisition immobilière passé sous seing privé « *ne devient définitif qu'au terme d'un délai de sept jours pendant lequel l'acquéreur non professionnel a la faculté de se rétracter* ». Rappr. aij. C. constr. et hab., art. L. 271-1, al. 1^{er} (rédict. L. 2000-1208 du 13 déc. 2000).

(743) Art. L. 121-20 (rédict. ord. 2001-741 du 23 août 2001), qui, pour toute vente ou de fourniture de service à distance, laisse au consommateur « *un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation* » (d'après dir. 97/7/CE du 20 mai 1997, art. 6, § 1) ; art. L. 121-20-12, I (rédict. ord. 2005-648 du 6 juin 2005), qui double ce délai lorsque le service fourni est de nature financière (d'après dir. 2002/65/CE du 23 sept. 2002, art. 6, § 1) ; art. L. 121-12 (issu de L. 72-1137 du 22 déc. 1972, art. 3), qui, conservant la rédaction ancienne, confère au même consommateur le « *droit de renoncer* » pendant sept jours au contrat souscrit par démarchage d'un professionnel ; art. L. 121-64, al. 2 (rédict. L. 1998-566 du 8 juill. 1998), qui lui permet de « *se rétracter dans un délai de dix jours* » suivant l'acceptation qu'il aura donnée à un contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé ; art. L. 311-15, anc. (issu de L. 78-22 du 10 janvier 1978, art. 7), qui octroyait à l'emprunteur une « *faculté de rétractation* » de sept jours à compter de l'acceptation de l'offre préalable de crédit à la consommation, depuis lors étendue à quatorze jours par la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 (art. L. 311-12 nouv.) ; et art. L. 311-2, al. 1^{er}, qui accorde cette même faculté à la caution.

(744) Not. art. L. 1211-2, al. 1^{er}, et L. 1231-1, al. 3 (rédict. L. 2004-800 du 6 août 2004), selon lesquels le consentement donné au « *prélèvement d'éléments du corps humain et la collecte de ses produits [...] est révocable à tout moment.* » V. conséquemment art. L. 1231-1, al. 3, pour le prélèvement d'organe, et art. L. 1241-1, al. 3, pour le prélèvement de moelle osseuse.

(745) E.g. art. 232-2, dern. al. (homolog. arr. min. du 18 sept. 2006), qui permet aux propriétaires de titres de sociétés cotées sur un marché réglementé de révoquer leur acceptation jusqu'au terme du délai de validité de l'offre publique d'acquisition.

(746) Not. dir. 85/577/CEE du 20 déc. 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, les articles 5 à 7 leur octroyant un « *droit de renonciation* », tandis que, témoins d'une terminologie alors encore mal fixée, les considérants liminaires parlent de « *droit de résiliation* » ou de « *délai de réflexion* » ; dir. 94/47/CE du 26 oct. 1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, l'article 5 accordant un « *droit de rétractation* » dans un délai de dix jours suivant la signature du contrat ; dir. 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, dont l'article 6 généralise ce « *droit de rétractation* » à tous ces contrats ; dir.

(suite p. suiv.)

Pour autant, le droit de rétractation du consentement le partage toujours en législation au droit de révocation du contrat, et s'en distingue⁽⁷⁴⁷⁾. Lorsque le délai de renonciation ne court pas de la conclusion de l'accord, ou de sa connaissance par le contractant, mais d'un moment ultérieur marquant une étape de son exécution, il semble plus naturel d'y voir ainsi l'expression d'un droit de résolution de la convention plutôt que celle d'une faculté de reprendre sa volonté⁽⁷⁴⁸⁾. Il en ira de même quand le délai de renonciation sera manifestement trop long pour se rattacher immédiatement au consentement constitutif⁽⁷⁴⁹⁾. Et cette autre qualification devrait prévaloir plus sûrement encore pour le cas où le pseudo-dédit interviendrait sur un contrat à exécution successive sans permettre d'obtenir la restitution du paiement déjà réalisé, n'opérant ainsi que pour l'avenir : à l'évidence, il ne s'agirait plus alors d'un droit de rétracter son acceptation originaire mais de celui de résilier un contrat en cours d'exécution⁽⁷⁵⁰⁾. En toutes ces hypothèses donc, le contrat sera

2002/65/CE du 23 sept. 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et pour lesquels l'article 6 porte ce même « *droit de rétractation* » à quatorze voire trente jours.

Sur le rapprochement entre cette législation européenne et le droit français, v. not. H. AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, th. Paris IX, 2000, PUAM, 2002, n° 58, p. 62 ; E. POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, th. Reims, 2004, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 463, 2006, n° 242 et s., p. 126 et s.

(747) V. pour cette distinction, particulièrement explicite, la loi n° 89-421 du 23 juin 1989, art. 6, I, dern. al., qui impose au courtier matrimonial de stipuler une faculté de résiliation, puis II, qui autorise en outre son cocontractant à revenir sur son engagement dans les sept jours de son acceptation. V. égal. C. consom., art. L. 121-26, al. 2, qui autorise le commencement de l'exécution du contrat d'abonnement à une publication périodique avant l'expiration du délai de rétractation dès lors que l'abonné dispose, de surcroît, d'un « *droit de résiliation permanent, sans frais ni indemnité* ».

(748) V. par ex. C. assur., art. L. 132-5-1, al. 1^{er}, anc. (rédict. L. 81-5 du 7 janv. 1981, art. 22), qui ouvrait une « *faculté de renonciation* » au souscripteur d'une police d'assurance sur la vie « *pendant le délai de trente jours à compter du premier versement*. » Ce en quoi il s'agissait effectivement de renoncer au contrat conclu plutôt que de rétracter le consentement donné. Rapp. Ph. MALINVAUD, « *Droit de repentir et théorie générale des obligations* », in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Giuffrè, Milan, 1994, t. I, pp. 743-762, spéc. pp. 761-762, où, analysant par ailleurs la rétractation comme une condition suspensive, l'auteur voit dans cette disposition particulière une condition résolutoire. On peut regretter, en revanche, que l'article 4 de la loi n° 2005-1564 du 15 déc. 2005, en ramenant le point de départ de ce délai au jour de la connaissance de la formation du contrat par l'assuré, n'ait pas trouvé utile de mieux le qualifier désormais (v. *supra*, eod. num., note 741).

Comp. la qualification retenue du « *délai d'exercice du droit de rétractation* » retardé au jour de la réception du produit acheté par correspondance. Ainsi désigné par l'article L. 121-20 du Code de la consommation, et établi comme droit commun européen à l'article 5:103, paragraphe 1^{er}, des Principes Acquis, ce délai semble plus volontiers se rattacher à la figure de la vente à l'essai, en ce qu'il s'agit finalement de déduire du silence du consommateur son agrément du bien reçu. V. d'ailleurs les termes de l'article 5:105, paragraphe 2, de ces mêmes Principes, qui font justement référence à l'essai du bien reçu. Quoi qu'il en soit, le contrat sera toujours conclu sous la même condition suspensive : celle de la non-rétractation dans un cas, celle de l'agrément tacite dans l'autre. Sur le contrat à l'essai, v. *supra*, nos 158 et 206.

(749) Ex. : C. consom., art. L. 121-20, al. 3, qui proroge le délai de rétractation de sept jours à trois mois dans l'hypothèse où le professionnel aurait oublié de communiquer les renseignements prévus à l'article précédent (d'après dir. n° 97/7/CE du 20 mai 1997, art. 6, § 1) ; Principes Acquis, art. 5:103 (1), qui porte ce délai à une année ; et surtout C. assur., art. L. 132-5-2, « al. 6 » (al. 4), qui le prolonge jusqu'à huit ans au cas de manquement de l'assureur à l'obligation d'information que cet article met à sa charge : il paraît difficile de considérer qu'une renonciation puisse s'exercer sur un consentement donné huit ans plus tôt et suspendre si longtemps la formation du contrat, et donc plus raisonnable d'y voir la révocation du contrat lui-même, lequel s'en trouvera ainsi résolu plutôt que caduc. V. en ce sens dir. 94/47/CE du 26 oct. 1994, art. 5, § 1, dont les deux premiers points distinguent, d'une part, le « *droit de rétractation* » exercé dans un délai de dix jours à compter de la signature du contrat et, d'autre part, le « *droit de résiliation* » exercé en cas de défaut d'information dans un délai de trois mois à compter de cette même date.

(750) V. ainsi C. santé publ., art. L. 1122-1, « al. 8 » (al. 2), qui permet à celui qui se prête à une recherche biomédicale de « *retirer son consentement à tout moment* » : il faut penser que si ce retrait vaut bien rétractation
(suite p. suiv.)

pleinement formé mais affecté d'une condition résolutoire plutôt qu'encore subordonné à l'occurrence d'une condition suspensive ; de sorte que la réalisation de la première entraînera la résolution de la convention là où la défaillance de la seconde provoquera sa caducité.

La prolifération des délais spéciaux de rétractation interroge cependant : le phénomène n'attesterait-il pas de l'existence d'une règle générale et sous-jacente dont la reconnaissance serait à présent appelée ? N'est-il pas temps d'admettre en effet que, dans une société qui fait désormais dépendre son progrès de l'empressement que montreront ses membres à consommer, ceux-ci soient mis en mesure de reprendre le consentement qu'ils auront dû précipiter ? Loin de porter quelque atteinte à la sécurité des conventions, l'admission de cette solution la garantirait plutôt. Car, à s'en tenir au droit positif, quelle signification estime-t-on pouvoir attribuer à une signature apposée sur place au bas d'un document saturé de conditions contractuelles que le client n'aura eu, comme il arrive généralement, ni le temps de lire ni la disposition de comprendre⁽⁷⁵¹⁾ ? Le droit commun, qui est celui du consensualisme, et qui est encore assis comme tel sur l'autonomie de la volonté, ne tient aucun compte de la déclaration dès lors que l'acceptant peut établir qu'elle ne correspond pas à son intention⁽⁷⁵²⁾. Si la protestation se fait finalement peu entendre, ce n'est pas qu'elle

lorsqu'il intervient avant le commencement de l'étude, il ne s'analyse probablement plus que comme une résiliation du contrat s'il vient à se manifester en cours d'exécution, de sorte que le temps qu'y aura déjà consacré le révoquant devrait pouvoir donner lieu à rémunération. V. égal. C. propr. intellect., art. L. 121-4 (issu de L. 57-298 du 11 mars 1957, art. 32), selon lequel « *Nonobstant la cession de son droit d'exploitation, l'auteur, même postérieurement à la publication de son œuvre, jouit d'un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire* », et d'où la doctrine déduit que cette syntaxe synonymique viserait en réalité à opérer une distinction entre le *repentir*, qui s'exprimerait avant exploitation, et le *retrait* de l'œuvre, qui s'exercerait en cours d'exploitation. À suivre cette interprétation, donc, ce repentir demeurerait une rétractation véritable, tandis que le retrait interviendrait comme une résiliation du contrat d'exploitation. Comp. C. consom., art. L. 121-20-13, I, al. 1^{er}, *in fine* (rédict. ord. 2005-648 du 6 juin 2005, d'après dir. 2002/65/CE du 23 sept. 2002, art. 7, § 1), et C. mon. et fin., art. L. 341-16, I et II (rédict. ord. 2005-648 du 6 juin 2005), qui, tout en permettant au souscripteur de se rétracter dans les quatorze ou les trente jours de son acceptation, autorisent néanmoins le fournisseur à conserver le produit de l'exécution intermédiaire. Et en même sens encore : dir. 2008/48/CE du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs, art. 14, § 3, b, qui oblige l'emprunteur au paiement des intérêts contractuels échus au jour de sa rétractation, et aujourd'hui transposé à l'article L. 311-15 du Code de la consommation par la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation. De son côté, l'article 444-8 du Code de l'éducation (issu de L. 71-556 du 12 juill. 1971, art. 9) ne parle pas d'autre chose que de « *résiliation* », accordant au souscripteur d'une convention d'enseignement à distance la faculté de renoncer au contrat pendant un délai de trois mois à compter de son « *entrée en vigueur* » sans pouvoir, pour partie au moins, obtenir restitution des sommes déjà versées.

(751) La loi oblige bien parfois le stipulant à communiquer préalablement ses conditions à celui qui lui en fait la demande (v. not. C. consom., art. L. 134-1, qui impose aux professionnels s'adressant aux consommateurs de « *remettre à toute personne intéressée qui en fait la demande un exemplaire des conventions qu'ils proposent habituellement* » ; C. com., art. L. 441-6, qui fait obligation aux fournisseurs de communiquer leurs conditions générales aux clients professionnels qui se présenteraient comme tels). Mais, d'une part, ces dispositions ne régissent que les domaines dans lesquels elles s'inscrivent, d'autre part, même en ces matières, elles ne solutionnent pas tous les problèmes : l'intéressé n'aura pas toujours ainsi le temps de se plier à ce préalable, en particulier s'il n'est que de passage ou si l'offre échoit le jour même.

(752) V. *supra*, n° 118, spéc. note 55. Au moins la solution est-elle certaine si aucune négligence ne peut être imputée à l'acceptant, pour autant donc que, eu égard aux circonstances, il ne pouvait matériellement pas prendre connaissance des termes de l'offre s'il voulait conclure le contrat. Car, dans le cas contraire, on pourrait lui découvrir l'intention d'accepter l'offre quoi qu'elle stipulât, comme il le ferait en y apposant un blanc-seing. Tout au plus réserverait-on encore en cette hypothèse le cas dans lequel le contrat ainsi formé

(suite p. suiv.)

soit mal fondée, mais qu'elle échouera le plus souvent à prouver son fait⁽⁷⁵³⁾. De sorte que la solution actuelle revient à jouer d'une contradiction qui se satisfait de reconnaître au contractant la faculté de contester la réalité de son consentement sans lui en donner les moyens. Dans tous les cas donc, c'est bien la sécurité juridique qui est niée, l'alternative consistant, soit à anéantir au détriment du pollicitant le contrat prétendument conclu si son cocontractant peut faire la preuve de l'impossibilité dans laquelle il a été mis de prendre connaissance du contenu de l'offre⁽⁷⁵⁴⁾, soit à imposer, dans la situation contraire, un engagement contractuel à un acceptant qui n'en a pas voulu le contenu. Sur ce constat, le seul moyen de concilier ces intérêts contradictoires, et la théorie générale des contrats ensemble, tient dans l'instauration d'un délai ordinaire de rétractation⁽⁷⁵⁵⁾. Le principe s'exprimerait alors comme suit : celui qui, pour pouvoir conclure le contrat proposé, aura été tenu de l'accepter sur-le-champ sans avoir été mis en mesure de prendre pleinement connaissance des termes de l'offre souscrite, disposera d'un délai, que l'on peut fixer à sept jours, pour reprendre son consentement⁽⁷⁵⁶⁾. Ainsi posé, il n'est aucune raison pour cantonner cette faculté à quelques droits spéciaux : c'est le droit commun qui l'impose chaque fois que l'urgence aura empêché l'acceptant de réaliser la teneur de son engagement.

En quoi, *de lege ferenda*, la rétractation après réception dépasserait enfin les bornes du droit spécial. Pour l'heure néanmoins, elle ne s'en affranchira que par l'introduction, toujours possible, d'un dédit de source conventionnelle. La stipulation d'arrhes en constitue à ce titre une espèce particulière, non pas tant parce qu'elle postule le versement d'une

contiendrait des stipulations tout à fait inattendues, parce qu'exorbitantes de son objet ou des pratiques contractuelles du domaine concerné : alors seulement ces clauses pourraient être réputées inexistantes, ou non écrites, pour n'avoir pas été consenties par l'acceptant. Sur cette dernière cause d'inexistence, v. par ex. M. CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité – Étude historique et comparée des nullités contractuelles*, th. Paris I, 2000, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 376, 2002, n° 210, p. 152.

(753) Sur cette difficulté probatoire, v. déjà *supra*, 118, *in medio*, spéc. note 68.

(754) L'inexistence du contrat se fondant alors sur le malentendu ainsi entretenu : v. *infra*, n° 228. Dès lors en effet que l'acceptant a consciemment contracté sans pouvoir prendre connaissance de l'offre qui lui était présentée, il paraît difficile de lui attribuer le bénéfice d'une quelconque croyance légitime en vue de l'autoriser à passer outre les stipulations de l'offrant. Sur les conditions de mise en œuvre de la théorie de l'apparence en la matière, v. *infra*, n° 229 et s.

(755) On pourra toujours préférer reprocher à l'acceptant son empressement et l'enjoindre de ne pas contracter en une telle circonstance. Mais il n'est pas certain que cette préférence soit celle des commerçants et de leurs cocontractants, ni d'un intérêt macro-économique très bien pensé : puisque le commerce est moteur de progrès, on ferait bien de ne pas lui infliger un frein inutile.

(756) Pour la généralisation du délai de rétractation, v. R. JEANPRÉTRE, « Le droit de repentir », *Rev. dr. suisse* 1979, pp. 33-47, spéc. p. 47. *Contra* : R. BAILLOD, « Le droit de repentir », *RTD civ.* 1984, pp. 227-254, spéc. n° 22, pp. 243-244, et n° 36, p. 254, qui préfère opter pour un délai de réflexion, celui-là même, donc, qui paralyse les échanges commerciaux (v. *infra*, n° 241) ; J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 7^e éd., Dalloz, 2006, n° 169, p. 195, qui estiment que cette technique « alourdirait inutilement la conclusion des contrats si elle était généralisée » et préfèrent s'en tenir à « L'obligation faite aux professionnels de remettre préalablement les documents contractuels ». Pour ce qui est de l'utilité de cette technique, elle est, espère-t-on, à présent démontrée. L'alourdissement craint est par ailleurs tout relatif : le *statu quo* œuvrant dans le sens du contrat, la complication éventuelle n'interviendra qu'au cas, toujours exceptionnel, de mise en œuvre du droit de rétractation. Mieux : fort de son droit, l'acceptant se verra rétabli dans l'égalité censée présider aux relations contractuelles ; lié à un cocontractant servi de son côté par les conditions de formation du contrat, il y trouvera le moyen de réaliser l'équilibre en exigeant sous menace de rétractation l'éviction *ex post actu* des clauses réprouvées. Quant à l'obligation imposée aux professionnels de communiquer leurs documents contractuels, son insuffisance a déjà été relevée : v. *supra*, *eod. num.*, spéc. note 751.

contrepartie à l'exercice du dédit qu'en ce qu'elle ouvre la voie de la rétractation aux deux parties, pour le même prix (C. civ., art. 1590)⁽⁷⁵⁷⁾.

221. Application – Comme le dédit ouvert jusqu'à réception de l'acceptation par le droit commun⁽⁷⁵⁸⁾, la faculté de rétractation conférée au-delà par ces dispositions dérogoires constitue toujours une condition résolutoire du consentement et, par là, une condition suspensive du contrat⁽⁷⁵⁹⁾ : c'est bien l'acceptation qui est révoquée et non la convention⁽⁷⁶⁰⁾. Comme pour le premier donc, la réalisation de la condition résolutoire du consentement vaudra défaillance de la condition suspensive du contrat, lequel s'en trouvera ainsi anéanti par caducité plutôt que par résolution⁽⁷⁶¹⁾. Conclu sous cette condition, celui-ci n'est dès lors pas tout à fait inexistant : il jouit au moins d'une existence conditionnelle⁽⁷⁶²⁾.

(757) Observons sur ce point que le droit de la consommation qualifie d'arrhes les sommes versées d'avance en paiement partiel du prix convenu lorsque celui-ci est supérieur à cinq cents euros (C. consom., art. L. 114-1, al. 4, rédact. L. 92-60 du 18 janv. 1992, et art. R. 114-1, rédact. décr. 2001-95 du 2 févr. 2001). Le consommateur s'en trouve ainsi alloué d'une faculté de rétractation, certes, mais le professionnel aussi, en sorte qu'il n'est pas certain que cette présomption soit si propice. Pour cette critique, v. par ex. J. HUET, *op. cit.* (*supra*, note 249), n° 11173, pp. 131-132.

(758) V. *supra*, n° 219.

(759) Analysant le délai de rétractation comme une condition suspensive du contrat, v. not. G. CORNU, « La protection du consommateur et l'exécution du contrat », in *La protection des consommateurs*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XXIV, 1973, Dalloz, 1975, p. 144 ; J. CALAIS-AULOY, « La loi sur le démarchage à domicile et la protection des consommateurs », *D.* 1973, chr., p. 266 ; J.-M. MOUSSERON, « La durée dans la formation des contrats », in *Études offertes à Alfred Jaffret*, Aix-Marseille, 1974, pp. 509-524, spéc. pp. 520-522 ; Ph. MALINVAUD, *loc. cit.* (*supra*, note 748). Rapp. égal. D. FERRIER, « Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants », *D.* 1980, chr., pp. 177-188, n°s 49 à 51. En jurisprudence, v. par ex. 1^{re} civ., 15 mai 2001, *Bull.*, I, n° 131, qui assimile les effets du dédit convenu à ceux d'une condition suspensive. Pour la loi elle-même, v. *infra*, *eod. num.*, spéc. note 764. *Contra* cep., v. not. F. COLLART DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, th. Tours, 1983, Sirey, 1988, n°s 209 à 212, pp. 114-117, qui voit dans le dédit une condition résolutoire du contrat.

Condition potestative par ailleurs, sans donc que cela ne constitue une cause d'inexistence ou de nullité du contrat ainsi conclu. Pour cette qualification, v. par ex. R. JEANPRÊTRE, art. préc. (*supra*, note 756), p. 39. Sur l'efficacité du contrat conclu sous condition potestative, v. *infra*, n° 288 et s.

(760) En ce sens, v. ainsi D. MARTIN, « La défense du consommateur à crédit (Commentaire de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978) », *RTD com.* 1977, pp. 619-650, n° 43, p. 633 ; D. LEFORT, *op. cit.* (*supra*, note 386), n° 218, pp. 186-188 ; Y. DAGORNE-LABBÉ, *Contribution à l'étude de la faculté de dédit*, th. Paris II, 1984, n°s 187 et 188, pp. 239-242 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Unilatéralité et consentement », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, dir. Ch. Jamin et D. Mazeaud, colloque Univ. Paris XII et Lille II, 9 janv. 1998, *Economica*, 1999, pp. 21-30, spéc. n° 16, p. 26 : « *c'est la volonté qui, attrapée par surprise, se ressaisit et retrouvant sa nature réflexive et calculante, peut alors reprendre le consentement ravi. En cela, la volonté ne reprend pas quelque chose, elle se reprend elle-même, dans le sens qu'elle se ressaisit. Elle peut donc se rétracter.* »

(761) Il est une autre raison pour exclure la qualification de condition résolutoire du contrat : à défaut en effet, on soumettrait nombre d'opérations ainsi abandonnées par le rétractant à la surimposition fiscale que l'Administration attache au double transfert de propriété successif qui résulte de la résolution du contrat initial.

Le contrat tombé par caducité, il ne servirait à rien pour le repentant de chercher à révoquer sa rétractation : le délai légal ne s'offre qu'à la révocation de l'acceptation, non à celle de cette rétractation elle-même. V. ainsi 3^e civ., 13 févr. 2008, *Bull.*, III, n° 29 ; *D.* 2008, p. 1530, note Y. Dagorne-Labbé ; *RTD civ.* 2008, p. 293, obs. B. Fages ; *Défrénois* 2008, art. 38795, n° 6, p. 1358, obs. R. Libchaber, qui censure une cour d'appel pour avoir permis à un acquéreur de revenir sur son dédit, jugeant que « *son droit de rétractation avait entraîné l'anéantissement du contrat* ». Il ne lui sera permis de revenir sur sa rétractation que s'il parvient, conformément au droit commun, à la doubler par une révocation parvenue avant la première au pollicitant (sur le mécanisme, v. *supra*, n° 218, spéc. note 725).

(762) Sur cette nuance, v. *infra*, n° 333. Pour la reconnaissance de l'existence du contrat conclu sous réserve de rétractation, au point de verser dans la condition résolutoire : 1^{re} civ., 6 oct. 1965, *Bull.*, I, n° 516, qui exerce sa censure au motif que « *la faculté de dédit, qui permet aux parties de se repentir, est compatible avec la perfection du* (suite p. suiv.)

Il en résulte que la rétractation véritable opère toujours rétroactivement au jour de l'acceptation⁽⁷⁶³⁾, quand bien même le contrat ainsi constitué l'aurait été en vue d'une exécution successive. De cette qualification découle encore que cette exécution, quelle que soit sa nature, sera suspendue *pendente conditione*⁽⁷⁶⁴⁾, en ce sens au moins que le créancier ne pourra pas forcer son débiteur à l'accomplir, même pour partie, mais sans pour autant interdire à celui-ci de s'exécuter s'il le souhaite⁽⁷⁶⁵⁾. En ce dernier cas, le paiement anticipé effectué en connaissance de cause pourra, en l'absence de dispositions contraires, valoir renonciation à se prévaloir de son droit de rétractation et réaliser la condition qui suspendait encore la perfection du contrat⁽⁷⁶⁶⁾. Si néanmoins cette perfection était suspendue à une autre condition cumulative, comme il arriverait par exemple au cas où le pollicitant disposerait aussi, pour sa part, d'une faculté d'agrément⁽⁷⁶⁷⁾, le contrat ne serait définitivement formé que par la réunion de ces deux conditions, soit par la réalisation de la seconde d'entre elles⁽⁷⁶⁸⁾.

contrat » ; et encore 10 juin 1992, *Bull.*, I, n° 178 (CCC 1992, n° 195, note G. Raymond) qui juge « *que le contrat était formé dès la commande* » nonobstant le délai de rétractation qui restait ouvert à l'acceptant. Telle était du reste la lettre de l'article L. 311-15 du Code de la consommation, selon lequel « *le contrat devient parfait dès l'acceptation de l'offre préalable par l'emprunteur. Toutefois, l'emprunteur peut, dans un délai de sept jours à compter de son acceptation de l'offre, revenir sur son engagement.* » Mais à l'article suivant, repris en substance par l'actuel article L. 311-13 (rédict. L. 2010-737 du 1^{er} juill. 2010), c'est la condition suspensive qui resurgissait : « *le contrat accepté par l'emprunteur ne devient parfait qu'à la double condition que, dans ce même délai de sept jours, ledit emprunteur n'ait pas usé de la faculté de rétractation visée à l'article L. 311-15 et que le prêteur ait fait connaître à l'emprunteur sa décision d'accorder le crédit* ». Il apparaît donc difficile de s'instruire ici à la source législative.

(763) Solution qui trouverait d'ailleurs un fondement matériel dans l'acquis communautaire : v. ainsi Principes Acquis, art. 5:105.

(764) V. en ce sens Ph. MALINVAUD, art. préc. (*supra*, note 748), p. 755, qui propose cette typologie : « *Le droit de repentir présente un caractère unilatéral, limité dans le temps, suspensif d'exécution, discrétionnaire, gratuit, et d'ordre public.* ». La loi y opine en effet : v. par ex. C. constr. et hab., art. L. 271-2 ; C. consom., art. L. 121-20-13, I ; art. L. 121-26 ; art. L. 121-66 ; art. L. 311-17 anc. (au moins pendant sept jours depuis l'adoption de la loi du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation : C. consom., art. L. 311-14 nouv.). On comprend dès lors mal l'argument qui consiste à tirer de ces dispositions spéciales la conclusion paradoxale selon laquelle la faculté de rétractation ne constituerait pas une condition suspensive puisque, si elle l'était, le législateur n'aurait pas pris la peine de suspendre en ces hypothèses l'exécution du contrat (v. par ex. H ROLAND et L. BOYER, *op. cit.* (*supra*, note 242), n° 410, p. 151) : on peut tout aussi bien – sinon mieux – estimer que le législateur manifeste simplement à travers ces quelques dispositions sa position de principe. De fait, le raisonnement entrepris dévoile en son fond la figure sophistique d'un diallèle, supposant admis pour prémisse un fait qui résulte de sa conclusion : on ne peut déduire quelque intention de déroger à une solution que si celle-ci est d'ores et déjà connue. Or, précisément, la question est ici de savoir si la rétractation constitue ou non, en son principe, une condition suspensive. Il serait donc dommage de se priver, pour répondre à cette simple question, des indices que distille en cet endroit le Code de la consommation.

(765) Là du moins où la loi ne lui interdirait pas spécialement cette exécution anticipée : v. par ex. C. constr. et hab., art. L. 271-2 ; C. consom., art. L. 121-20-13, I, al. 3 ; art. L. 121-26, al. 1^{er} et 3 ; art. L. 311-14 nouv. (art. L. 311-17 anc.).

(766) Cette renonciation est admissible dès lors qu'elle intervient sur le droit déjà acquis du fait de l'acceptation : auparavant, elle se heurterait au caractère impératif de la protection. Une fois octroyée à son bénéficiaire, en revanche, celui-ci en use comme bon lui semble. Là réside le régime distinctif de l'ordre public de protection, ici en cause, comparé à celui, toujours impératif, de l'ordre public de direction. La possibilité de cette renonciation est d'ailleurs expressément reconnue en plusieurs dispositions : C. mon. fin., art. L. 341-16, III, 3° ; C. consom., art. L. 121-20-2, 1°, d'après dir. n° 97/7/CE du 20 mai 1997, art. 6, § 3 ; et art. L. 121-20-12, II, 2°. Et admettant au moins de réduire en ce cas le délai de rétractation à trois jours : C. consom., art. L. 121-20-12, IV, al. 2, et art. L. 311-36, al. 2 (art. L. 311-24 anc.).

(767) Sur laquelle, v. *supra*, n° 158 et s.

(768) Telle est précisément la solution préconisée en cette hypothèse par l'article L. 311-13 du Code de la consommation, précité (*supra*, note 762). Ajoutons que, même ainsi parfait, le contrat n'en demeurerait pas

(suite p. suiv.)

L'inexistence, ainsi supplantée par la caducité au cas de reprise de l'acceptation, trouvera dès lors un meilleur terrain dans la méprise de l'acceptant.

II - LA MÉPRISE DE L'ACCEPTANT

222. Une erreur pour fonder le contrat – Le destinataire peut toujours se méprendre sur la teneur de l'offre reçue et risquer de donner alors son accord à un contrat que le pollicitant ne lui a pas proposé. En cette hypothèse, son acceptation, qui existe en tant que telle⁽⁷⁶⁹⁾, restera impuissante à former le contrat envisagé faute de rencontrer l'offre qui la conditionnait. C'est ainsi que, par principe, l'acceptation non conforme demeure inefficace (A). Par exception cependant, il sera permis à son auteur de forcer l'accord dans le sens de sa croyance légitime (B).

A - L'INEFFICACITÉ DE L'ACCEPTATION NON CONFORME

223. La croyance erronée de l'acceptant – Si l'acceptant a mal compris l'offre reçue, il devra au moins, pour exprimer une acceptation, avoir compris qu'il s'agissait d'une offre. Il aura pu se méprendre sur son existence même, ayant cru à une pollicitation en réalité jamais émise, ou sur son seul contenu. Mais dans le premier cas, le contrat sera d'abord inexistant pour absence de proposition plutôt que pour inefficacité de l'acceptation⁽⁷⁷⁰⁾. De sorte que seule l'erreur commise sur le contenu même de l'offre constituera une cause distincte d'inexistence de la convention⁽⁷⁷¹⁾.

Cette erreur particulière est connue depuis LAROMBIÈRE sous le nom d'*erreur-obstacle*, par opposition, selon le même, à l'*erreur-nullité* sanctionnée par l'article 1110 du Code civil⁽⁷⁷²⁾. Apparue tardivement⁽⁷⁷³⁾, cette division n'en est pas moins cardinale. Car, si

moins soumis à toutes les actions susceptibles de le défaire, et à quelque cause de nullité relative en particulier. Car, instituée afin de s'assurer du sérieux de l'acceptation, la faculté légale de dédit n'a pas pour autant vocation à se substituer au droit commun des vices du consentement ; de sorte que l'absence de rétractation par l'acceptant, même en connaissance de son erreur éventuelle, ne devrait pas plus valoir confirmation de son engagement et renonciation à agir en annulation que tout autre silence. En ce sens, v. par ex. CA Versailles, 8 juill. 1994, *RTD civ.* 1995, p. 97, obs. J. Mestre. On comprendrait mal, de fait, qu'une disposition ayant pour objet d'accroître le degré de sécurité attaché à la volition exprimée puisse avoir pour effet de priver le déclarant de son droit à faire valoir le vice qui l'affecte. En s'abstenant de revenir sur son acceptation, l'auteur confirme l'existence de sa volonté, non son intégrité.

(769) Sur quoi, v. *infra*, n° 228.

(770) V. *supra*, n° 121 et s. Les deux hypothèses méritent néanmoins d'être rapprochées car, pour l'une comme pour l'autre, la croyance légitime de l'acceptant autorisera celui-ci à forcer l'existence de l'accord : v. *infra*, n° 229 et s.

(771) L'hypothèse trouve donc à s'opposer à celle du refus ou de la contre-proposition en ceci qu'elle manifeste cette fois un désaccord inconscient plutôt que conscient. Sur cette distinction, v. C. WITZ, *op. cit.* (*supra*, note 50), nos 157 à 163, pp. 144-148, et « La consécration de l'inexistence par plusieurs instruments d'uniformisation du droit », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, pp. 729-742, 1^{re} part., d'après BGB, §§ 154 et 155.

(772) L. LAROMBIÈRE, *op. cit.* (*supra*, note 12), 1^{re} éd., t. I, 1857, art. 1110, n° 29, pp. 61-62 : « Parmi les diverses (suite p. suiv.) »

l'acceptant commet toujours une erreur dans l'un et l'autre cas, la nature respective de ces deux méprises est bien sans rapport l'une avec l'autre : l'erreur-obstacle porte sur l'offre elle-même, que l'acceptant a mal comprise ; l'erreur-nullité se manifeste une fois le contrat formé par l'inadéquation d'un élément convenu à la réalité extra-contractuelle⁽⁷⁷⁴⁾. Là où la première intervient au sein du processus de formation du contrat pour y faire proprement obstacle, la seconde nécessite au contraire l'accord des parties pour permettre d'apprécier l'exactitude de l'élément qui s'y trouve intégré. En somme donc : l'erreur-obstacle est celle qui a fait que l'*errans* n'a pas consenti ; l'erreur-nullité est celle sans laquelle il n'aurait pas consenti.

Ainsi circonscrite à la seule matière de l'offre, la croyance erronée du *recipiens* se sera dès lors fondée sur l'apparence qui se sera présentée à lui. Celle-ci peut s'imposer objectivement, si elle résulte du sens pris par la pollicitation dès sa déclaration, ou subjectivement, si elle trouve sa seule cause dans la réception particulière qu'en a faite l'acceptant⁽⁷⁷⁵⁾. Il importe en effet peu à ce stade de savoir si l'apparence fut acquise dès

erreurs qui peuvent vicier le consentement [au sens large] nous avons distingué l'erreur qui prévient et empêche la convention, et celle qui l'annule une fois formée ; nous avons dès lors, pour ainsi parler, l'erreur-obstacle et l'erreur-nullité. » ; puis Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV (*supra*, note 214), 1^{re} éd., 1868, n^{os} 124 et 125, p. 118. La jurisprudence l'a depuis adoptée. V. ainsi Com., 18 juill. 1956, *Bull.*, III, n^o 220, qui parle d'une « *erreur excusable et de telle nature que sans elle [son auteur] n'aurait pas contracté* » ; 3^e civ., 1^{er} févr. 1995, *Bull.*, III, n^o 36, qui rejette le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel qui avait retenu « *l'erreur-obstacle* » d'un acquéreur, estimant que les juges du fond avaient assez établi que « *les parties n'avaient pas accordé leur volonté sur le même objet* » ; 21 mai 2008, *Bull.*, III, n^o 92 (*D.* 2008, AJ, p. 1693, et *pan.*, p. 2970, obs. S. Amrani Mekki ; *RDC* 2008, p. 716, 2^e esp., obs. Th. Genicon) qui estime que la cour d'appel a pu retenir « *que l'erreur du propriétaire sur l'objet même de la vente [...] faisait obstacle à la rencontre des consentements.* »

(773) Jusqu'à l'époque moderne, la seule erreur admise pour cause de nullité des conventions n'a jamais été que l'erreur-obstacle. Les anciens principes sont à cet égard assez édifiants : *Non consentiant qui errant* (JULIEN, in *Dig.*, II, I, 15), ou encore *Non videntur qui errant consentire* (ULPIEN, in *Dig.*, I, XVII, 116, § 2). Si le droit romain a pu sanctionner en son dernier état l'erreur sur la substance de la chose vendue, ce fut toujours par assimilation à la première, et non comme nullité relative : v. P. F. GIRARD, *op. cit.* (*supra*, note 150), p. 490 ; R. MONIER, *op. cit.* (*supra*, note 714), n^o 63, p. 80. Pour qu'elle devienne telle, il aura d'abord fallu redécouvrir le droit byzantin et en admettre ensuite la réception sous la condition d'impêtrer les lettres de rescision délivrées par le roi. En sorte que cette autre erreur ne se fera distinctivement connaître en France qu'à partir du XVI^e siècle. Quant à justifier son régime particulier autrement que par le souci du souverain d'asseoir son autorité en son royaume, il faudra encore attendre que la philosophie volontariste naissante pénètre les esprits juridiques pour que les auteurs en viennent à estimer par rapprochement avec la violence et le dol, non pas seulement qu'un consentement puisse être mal donné tout en l'étant néanmoins, comme le faisaient déjà les scolastiques pour refuser toute action (*Qui mavult vult*), mais que c'est la protection de la volonté du contractant qui commande de lui attribuer alors une action en propre. Si bien que la distinction ne s'exposera clairement que sous la plume de POTHIER dans son *Traité de la procédure civile*, in *Œuvres posthumes de M. Pothier*, J.-J. Massot, Orléans, et P.-Th. Barrois le jeune, Paris, t. III, 1778, part. V, chap. IV, art. II, § IV, pp. 316-317 (*Œuvres de Pothier*, par J. Bugnet, éd. Cosse & Delamotte, t. X, 1847, n^o 737, p. 353) : « *Il faut distinguer plusieurs espèces d'erreur : 1^o celle sur la chose même qui fait l'objet de la convention. — Elle détruit entièrement le consentement, et la convention qui ne peut subsister que par le consentement [...] — 2^o [L'erreur sur l'identité du destinataire, sur laquelle v. *supra*, n^o 185] — 3^o A l'égard de l'erreur qui a donné lieu à la convention, elle ne la détruit pas de plein droit, mais elle donne lieu à la rescision de l'engagement* ». Sur quoi, v. R. DAVID, « La doctrine de l'erreur dans Pothier et son interprétation par la *common law* d'Angleterre », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri CAPITANT*, Dalloz, 1939, pp. 145-158. On comprend dès lors que la théorie des vices du consentement n'ait elle-même pu poindre avant l'aube du Code civil ni s'élaborer ailleurs que dans les commentaires que le XIX^e siècle lui consacra.

(774) Il en résulte notamment que, à la différence de l'erreur qui vicie le consentement, l'erreur qui l'exclut ne peut pas être commune aux deux parties, puisque c'est précisément ce désaccord qui la constitue.

(775) V. par ex. CA Reims, 15 févr. 2001, CCC 2002, n^o 37, note G. Raymond, jugeant que « *l'épouse analphabète [...] n'a pas pu lire les clauses du contrat ni comprendre la portée des engagements contenus à l'offre de prêt,* (suite p. suiv.)

l'émission de l'offre du fait d'une erreur matérielle de son auteur, au cours de son transport par l'intervention de quelque circonstance extérieure, ou seulement à sa réception par la mauvaise lecture qu'en aura faite son destinataire : il restera dans tous les cas que l'intention de l'acceptant ne se sera pas conjuguée à celle du pollicitant et ce simple constat suffira à constituer le malentendu exclusif du contrat⁽⁷⁷⁶⁾. C'est ainsi que, à l'inverse, même dissimulée sous le voile d'une apparence objectivement constituée, l'intention véritable de l'offrant pourra fort bien se trouver rétablie par l'acceptant si celui-ci l'avait assez connue par ailleurs pour ne pas se laisser abuser.

224. La formation d'un malentendu – En lieu d'accord, c'est donc un malentendu qu'engendre l'erreur-obstacle. Depuis le droit romain, une distinction s'élève classiquement à cet endroit entre l'*error in corpore*, qui porte sur l'identité de la chose objet du contrat⁽⁷⁷⁷⁾, et l'*error in negotio*, qui suppose que les parties ne se soient pas entendues sur la nature même de l'engagement⁽⁷⁷⁸⁾. Mais au fond, cette division est assez peu conséquente ; car, même lorsqu'elle opère sur le corps de la chose, c'est toujours le même malentendu qui s'exprime : dans tous les cas, l'acceptant n'aura pas acquiescé au *negotium* que lui soumettait le pollicitant⁽⁷⁷⁹⁾. La notion d'*error in corpore* ne se différencie donc pas tant de l'*error in negotio*, dont elle ne constitue qu'une espèce⁽⁷⁸⁰⁾, que de l'*error in substantia*⁽⁷⁸¹⁾, hier assimilée et aujourd'hui comprise comme vice du consentement⁽⁷⁸²⁾. Ce n'est que pour cette autre

[...] n'a pas pu donner un consentement valable [...] et n'a apposé qu'un semblant de signature qui manifeste l'absence de compréhension », pour conclure « qu'il convient de faire droit à l'appel incident et constater l'absence de consentement ».

(776) Sur la primauté de l'élément intentionnel dans la formation du contrat, v. *supra*, n° 118. Les causes de l'erreur commise par l'acceptant n'entreront en compte que lorsqu'il s'agira de savoir si celui-ci peut s'en prévaloir pour forcer à la conclusion du contrat selon sa croyance : v. *infra*, n° 229 et s.

(777) Ex. : un vendeur et un acquéreur qui n'ont pas le même terrain en vue (ULPIEN, *in Dig.* XVIII, 1, 9, *pr.*).

(778) Ex. : un propriétaire remet pour dépôt un bien que le dépositaire croyait obtenir pour prêt (ULPIEN, *in Dig.*, XII, 1, 18, § 1).

(779) Du reste, quelle qualification devra-t-on donner à cette erreur si celle-ci porte sur l'identité d'un objet dont dépend justement la nature de la convention ? Celui qui aura cru accepter la vente d'un bien alors que le pollicitant se proposait seulement de lui céder une sûreté constituée sur celui-ci aura-t-il commis une *error in corpore* ou une *error in negotio* ? Et *quid* encore des contrats qui ne portent sur aucune chose, tels que tous ceux qui auraient une obligation de ne pas faire pour prestation caractéristique ?

(780) L'*error in corpore* est une *error in negotio* portant sur une chose existant hors de la convention des parties et que celles-ci ont cherché à contractualiser.

(781) Selon l'expression de ULPIEN (*in Dig.* XVIII, 1, 9, § 2) parvenue jusqu'à nous à travers la lettre de l'article 1110 du Code civil.

(782) Sur ce revirement sémantique, v. déjà *supra*, n° 223, spéc. note 773. Si bien qu'en désignant encore comme « *erreur sur la substance même de la chose* » celle qui n'entraîne plus que la nullité relative de la convention (C. civ., art. 1110), les codificateurs n'ont pas seulement fait emploi d'un archaïsme, ils ont porté à faux toute la réflexion doctrinale qui, depuis deux siècles, s'est interrogée sur le sens philosophico-juridique à conférer à cette mystérieuse « *substance* ». Car, en toute acception, si vraiment l'erreur porte sur la substance même de la chose, alors ce n'est pas seulement que l'*errans* s'est abusé sur l'une de ses qualités, mais bien qu'il ne s'agit plus de la même chose, de sorte que, en lieu de vice de consentement, on trouverait, selon les cas, à constater la nullité absolue du contrat pour défaut d'objet ou à prononcer sa résolution pour défaut de conformité. Pour qu'il n'y ait que nullité relative, il faut par conséquent, et tout au contraire, que l'erreur *ne* porte *pas* sur la substance de la chose mais sur l'une de ses qualités *non* essentielles et néanmoins convenues, soit, si l'on préfère, sur un élément essentiel, non de la chose elle-même, mais du consentement (pour la démonstration, v. *infra*, n° 225, *in medio*). Sur cette critique, v. R. DAVID, art. préc. (*supra*, note 773), spéc. pp. 151-152. Sur la notion de substance, en droit, v. not. E. TREPPOZ, « La substance dans le Code civil », *RRJ* 2006, pp. 1275-1297.

distinction que la notion d'*error in corpore* conserve encore quelque pertinence : commise sur l'identité même de la chose, elle met obstacle à toute formation du contrat là où l'erreur « sur la substance », qui ne porte que sur les seules qualités d'une chose identifiée par ailleurs, n'ouvre droit qu'à annulation⁽⁷⁸³⁾.

Le malentendu prendra donc sa source dans une erreur sur l'identité de la chose chaque fois que l'acceptant aura compris pour élément du contrat, et singulièrement pour son objet, une chose répondant à d'autres qualités ou une autre quotité que celles voulues par l'offrant. À cet égard, l'intégration contractuelle de la réalité matérielle de cette chose entraîne assez de subtilités pour justifier d'examiner séparément l'erreur qui porterait sur l'un ou l'autre de ces deux attributs. Par cet examen seulement, le malentendu, cause d'inexistence du contrat, s'extraira du voisinage confondant de vices autrement sanctionnés.

225. L'erreur sur les qualités de la chose – L'erreur commise sur les qualités de la chose entraîne l'inexistence ou la nullité relative du contrat selon qu'elle constitue un malentendu ou un vice du consentement. Le malentendu suppose l'erreur de l'acceptant sur la teneur de l'offre reçue, soit, en l'occurrence, sur la chose telle que désignée par l'offrant : l'acceptant n'a simplement pas envisagé la même chose que celle qui lui a été proposée. Il y a vice du consentement, en revanche, lorsque l'erreur porte sur un élément déterminant du consentement et, en particulier ici, sur un attribut convenu de la chose désignée par l'offrant et voulue par l'acceptant : en cette autre hypothèse, les deux contractants ont bien visé le même objet puisqu'ils lui ont attribué une qualité qui s'avérera erronée. Ce principe de division permet ainsi de discriminer l'erreur cause d'inexistence du contrat de celle qui n'en constitue qu'une cause d'annulation pour vice du consentement⁽⁷⁸⁴⁾, voire de résolution pour défaut de conformité ou pour vice caché.

Pour qu'un **malentendu** se forme sur la chose désignée par le pollicitant, le désaccord doit porter sur une qualité qui lui est objectivement constitutive ou subjectivement introduite dans sa définition par les parties⁽⁷⁸⁵⁾. Toute chose, en effet, se définit au moins par sa forme minimale (une table) ou par sa matière première (du bois) tout en restant susceptible de se définir plus précisément, par le détail de cette forme (une table ronde, de

(783) Pour la consécration de cette division, v. par ex. le Code libanais des obligations et des contrats, dont l'article 203 dispose que « Lorsque l'erreur porte sur la nature du contrat ou sur l'identité de l'objet d'une obligation, elle fait obstacle à la formation de l'acte qui est donc inexistant. », tandis que l'article suivant ajoute que « Le consentement est simplement vicié et le contrat est seulement annulable : – 1. Lorsque l'erreur porte sur les qualités substantielles de la chose ».

(784) V. dern. N. RIAS, « La sanction de l'erreur-obstacle : pour un remplacement de la nullité par l'inexistence », *RRJ* 2009, pp. 1251-1273, n° 13, p. 1257. *Contra* : F. DURAND, « La nullité pour erreur-obstacle », *PA* 25 mars 2010, n° 60, pp. 3-7, qui estime que l'erreur-obstacle ne serait rien d'autre qu'une variété d'erreur vice du consentement.

(785) Le terme de qualité *constitutive* est ici plus précis que celui de qualité *essentielle* ou *substantielle*, ces autres adjectifs souffrant de la polysémie dont les a chargés trois mille ans de réflexion philosophique. Quelle que soit l'épithète employée, on vise par là toute qualité en l'absence de laquelle la chose désignée serait autre que ce qu'elle est.

telles dimensions), de cette matière (du bois de telle essence), ou en joignant l'une à l'autre (une table en bois, du bois à la coupe)⁽⁷⁸⁶⁾. Si donc un pollicitant offre une simple table à la vente et que l'acceptant s'imaginait acquérir un bureau aménagé, ou si le premier propose une table ovale en sapin et que le second entendait acheter une table spécifiquement construite en bois de cèdre, ou une table du bois proposé mais parfaitement circulaire, cette acceptation formera un malentendu en lieu du contrat attendu, lequel restera ainsi inexistant⁽⁷⁸⁷⁾. Le fait que les parties se trouvent en présence de l'objet sur lequel elles contractent, ainsi physiquement désigné, ne les empêchera d'ailleurs pas forcément de commettre une erreur sur l'identité même de cet objet : si une telle méprise est certes plus rare en cette hypothèse, on imagine fort bien que le caractère un peu technique de la chose puisse encore susciter ce genre de malentendu⁽⁷⁸⁸⁾.

Mais puisque le malentendu peut se constituer sur tout élément de l'offre, il pourra aussi bien porter sur une qualité de la chose qui, sans lui être constitutive, aura néanmoins été voulue comme un attribut déterminant du consentement de l'une ou l'autre partie. Ces qualités attributives concerneront notamment l'origine ou l'authenticité du bien, son état de conservation ou encore sa capacité fonctionnelle à satisfaire l'usage auquel on le destine⁽⁷⁸⁹⁾. Ainsi, si une table qui nécessite quelque rénovation n'en demeure pas moins une table, il reste que l'acquéreur qui aurait ignoré ce point pourrait fort bien avoir commis une erreur exclusive de son consentement s'il avait cru acheter un meuble en parfait état.

(786) Parce que la philosophie aristotélicienne subordonnait l'apparition de la substance d'une chose à la mise en forme de sa matière (la statue surgie du bloc de marbre), le droit romain a longtemps limité le malentendu mettant obstacle à l'existence de la convention à celui portant sur la seule forme de la chose (*error in corpus*). C'était encore une opinion courante au II^e siècle de notre ère : v. par ex. PAUL, tel que rapporté *in* Dig., XLV, I, 22, qui entérine la vente d'un objet en cuivre convenu pourtant comme devant être en or ; et MARCELLUS, cité par Ulpien, ci-dessous. Ce n'est que sous l'influence de la philosophie stoïcienne que les jurisconsultes romains finiront par admettre l'*error in materia* pour autre source d'erreur sur l'identité même de la chose. V. ainsi, à la même époque déjà, ULPIEN, *in* Dig. XVIII, I, IX, 2.

(787) Si la plupart des exemples fournis ici s'en tiennent à l'hypothèse la plus commune dans laquelle la chose visée par les parties le serait en tant qu'objet d'un contrat de vente, ce n'est évidemment pas à dire que cette hypothèse soit la seule possible. Les solutions resteront les mêmes pour tout autre contrat, que la chose envisagée en constitue encore l'objet (*e.g.* contrat d'entreprise, donation, etc.) ou y soit intégrée à un autre titre (*e.g.* cause du contrat, support d'une modalité, etc.).

(788) Par exemple, le consommateur qui pensait acheter un lecteur de fichiers numériques alors qu'il ne s'agissait que d'un périphérique de stockage : le détaillant ne vendait qu'une clé USB, l'acheteur a cru acquérir un lecteur MP3, le contrat demeure inexistant du jeu d'une *error in corpore*. Comp. J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, th. Paris, 1961, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 41, 1963, n° 4, p. 4, qui paraît circonscrire l'hypothèse de l'erreur-obstacle au seul cas dans lequel les parties auraient contracté hors la présence de la chose objet de leur convention.

(789) On pourrait certes, selon un autre point de vue, estimer que l'origine d'une chose la constitue elle aussi objectivement, au même titre que sa matière et sa forme, considérant que, comme ces dernières, elle en est la condition *sine qua non*. Rapp. en ce sens E. TREPPOZ, art. préc. (*supra*, note 782). Mais se serait faire litigieux de l'élément temporel, qui demeure irréductible : l'origine précède la chose et ne peut donc logiquement pas la constituer en tant qu'elle existe actuellement. Tel est bien du reste l'état du droit positif, qui sanctionne l'erreur conjointe des contractants sur l'authenticité d'une œuvre non comme un défaut de conformité mais comme un simple vice du consentement (v. *infra*, *eod. num.*, note 800), même, il est vrai, sous la qualification d'« erreur sur la substance » (pour la critique de cette qualification, v. *supra*, n° 224, spéc. note 782). Quant à l'état de conservation et la destination de la chose, ils dépendent directement de ces trois premiers éléments, et leur sont donc subordonnés : on ne juge de l'état d'un bien comme de l'usage auquel on le destine que par l'examen de sa matière et de sa forme, jointes, le cas échéant, à son origine.

En ce cas donc, son acceptation n'aura pas rencontré l'offre du vendeur qui lui proposait un meuble à rénover⁽⁷⁹⁰⁾. Et il en va de même du malentendu entretenu sur l'origine du bien vendu⁽⁷⁹¹⁾ ou sur l'usage auquel l'une et l'autre parties l'auraient chacune destiné⁽⁷⁹²⁾. En l'absence de toute stipulation sur ces autres propriétés, on s'en tiendra à la présomption selon laquelle celles-ci devaient répondre aux qualités que les parties pouvaient raisonnablement attendre de la chose⁽⁷⁹³⁾. Il dépendra donc de l'acceptant de démontrer qu'il n'a consenti qu'à raison d'un état exceptionnel, d'une origine spécifique ou de la possibilité d'en faire un usage particulier, cette démonstration requérant nécessairement que la prétention fût au moins plausible⁽⁷⁹⁴⁾.

(790) Observons du reste que la nature du malentendu dépendra alors de la question de savoir si l'acceptation a été donnée en présence ou non de la chose qu'elle visait. Car, si la chose avait été physiquement identifiée par les parties, un tel malentendu ne sévirait plus *in corpore* : c'est bien la même table que les parties avaient en vue ; simplement, en désaccord sur une qualité déterminante de son consentement, plutôt que de la chose objet du contrat, l'acceptant aura commis une *error in negotio*. Si, au contraire, la chose n'a pu faire l'objet que d'une désignation intellectuelle – soit qu'elle fût immatérielle, soit qu'elle ne se trouvât pas sur place ou que, sur place, elle fût dissimulée dans un contenant qui ne la laisserait pas voir, soit encore que l'acceptation se fût donnée à distance – les propriétés particulières que lui auront conférées les parties vaudront pour qualités constitutives, de sorte que le malentendu entretenu sur l'une d'elles sévira toujours *in corpore*. Seule la qualité relative à l'utilité attendue de la chose pourra rester rétive à toute incorporation pour cette raison qu'elle ne sert normalement pas à identifier, même intellectuellement, son objet.

(791) Ainsi, ne conclut pas la vente celui qui croit acheter un tableau de Poussin à un prix exceptionnellement bas alors que le vendeur ne lui proposait qu'un tableau de son atelier pour un prix exorbitant. Si l'acceptant s'est déclaré sur pièce, sa méprise n'aura pas porté sur l'identité même de l'objet, qui aura été physiquement désigné, mais sur l'une de ses qualités attributives (*error in negotio*) ; s'il s'est prononcé sans avoir pu examiner l'œuvre, en revanche, cette qualité aura servi à la définir intellectuellement de sorte que les parties ne se seront pas même entendues alors sur l'identité de l'objet (*error in corpore*). Une telle erreur, enfin, ne viciera le consentement de l'une des parties que si les deux avaient convenu qu'il s'agissait, à tort, d'un authentique Poussin ou, à l'inverse, d'un tableau d'atelier finalement authentifié de la main du maître.

(792) Ce en quoi celui qui vend un disque ne pouvant être lu que sur une platine de salon ne rencontre pas le consentement de celui qui, ignorant cette limitation, entendait l'écouter dans sa voiture. Il faudrait, pour qu'une telle erreur ne fasse que vicier le consentement de l'acquéreur, que les deux contractants aient considéré la possibilité d'écouter le disque ailleurs que dans son salon comme ayant pu déterminer le consentement du consommateur. Or, dès lors qu'il informe ses clients de l'existence de cette limitation, le distributeur exclut que cet usage ait pu déterminer leur consentement ; si bien que le consommateur qui aura mal saisi l'ampleur de cette restriction sera tombé dans un malentendu exclusif de son consentement. En l'absence de toute indication du vendeur, en revanche, ou en présence d'une information imprécise, on considérera que la possibilité d'écouter le disque sur tout type de lecteur constitue un usage normal auquel l'acquéreur pouvait raisonnablement prétendre, de sorte que, en cette hypothèse seulement, la restriction constatée de cet usage pourra s'analyser en une cause d'erreur vice du consentement, ou en un vice rédhibitoire : v. *infra*, eod. num., spéc. note 803.

(793) V. par ex. C. civ., art. 1246.

(794) Non pas qu'il soit exigé ici que sa croyance fût légitime mais parce qu'il faudra simplement qu'il prouve son intention véritable à l'encontre des apparences. Peu importe en effet à ce stade le caractère inexcusable de son erreur : il ne s'agit pas pour lui de se prévaloir de la théorie de l'apparence pour forcer à l'exécution d'un contrat en réalité inexistant, non plus que de requérir l'annulation d'un contrat conclu par un consentement vicié, mais, tout au contraire, d'établir que le contrat n'a jamais été conclu du fait d'une mésestimation sur les termes mêmes de l'offre. En ce sens, v. par ex. A. LEBOS, « Erreur d'étiquetage et erreur sur le prix », CCC 2002, étude n° 19, spéc. n° 10 : « l'erreur qui conduit à l'absence totale de consentement, erreur obstacle, entraîne l'annulation du contrat même si elle est inexcusable ». Et en jurisprudence : 3^e civ., 1^{er} févr. 1995, Bull., III, n° 36 ; puis 21 mai 2008, préc. (*supra*, note 772), qui décide que la cour d'appel pouvait conclure à l'absence de rencontre des consentements « sans être tenue de procéder à une recherche sur le caractère inexcusable de l'erreur que ses constatations rendaient inopérantes ». Rapp. 1^{re} civ., 10 mai 1995, Bull., I, n° 194 (Deffrénois 1995, p. 1038, obs. Ph. Delebecque ; RTD civ. 1995, p. 880, obs. J. Mestre ; JCP 1996, I, 3914, n° 1, obs. M. Fabre-Magnan), au sujet de l'erreur sur la cause justifiant l'annulation pour défaut de cause, « fût-elle inexcusable ». C'est cet absolutisme de l'erreur-obstacle qui dissuade parfois les juges de la reconnaître pour lui préférer, en pure

(suite p. suiv.)

Tout autre serait l'erreur qui ne résulterait plus d'un malentendu mais de l'inadéquation d'un élément convenu à la réalité. En cette autre hypothèse, le contrat aura bien été conclu⁽⁷⁹⁵⁾, s'agissant seulement de savoir si le contractant pourra se prévaloir d'un **vice du consentement** pour se soustraire à l'engagement souscrit et, le cas échéant, dans quelle mesure cette voie d'annulation se détachera de la concurrence d'autres actions alternatives. Répondre à cette question suppose de distinguer alors selon que l'acceptation aura été donnée en présence ou non de la chose qu'elle aura visée, selon donc que la désignation de cette chose aura été corporelle ou intellectuelle.

Lorsque les parties s'accordent sur une chose physiquement identifiée, celle-ci peut présenter trois types de défaut. S'il lui manque en premier lieu une qualité qui, dans l'esprit des parties, lui était proprement constitutive⁽⁷⁹⁶⁾, la chose souffrira d'un défaut de conformité et son créancier disposera sur ce fondement d'une action en résolution pour inexécution⁽⁷⁹⁷⁾. À moins que son débiteur n'ait jamais eu même la possibilité de délivrer une chose conforme, parce qu'il n'en disposait et ne pouvait en disposer d'aucune autre, auquel cas la convention serait nulle de plein droit pour absence d'objet, c'est-à-dire, plus précisément, pour objet matériellement impossible du fait de l'inexistence de la chose objet de l'obligation de délivrance. Ce n'est que si la qualité convenue et défailante n'était plus strictement constitutive mais simplement attributive⁽⁷⁹⁸⁾, résidant notamment alors dans une mention erronée de son origine ou de son état, que les contractants, ou l'un d'eux, pourront se prévaloir d'une erreur ayant vicié leur consentement⁽⁷⁹⁹⁾. En cette autre hypothèse en effet, la chose délivrée demeure essentiellement la même que celle physiquement et préalablement identifiée, mais se trouve affectée d'un défaut qui a déterminé le consentement d'une ou de plusieurs parties⁽⁸⁰⁰⁾. Si, enfin, cette qualité

opportunité, la qualification de vice du consentement. V. ainsi 3^e civ., 4 juill. 2007, *Bull.*, III, n° 123 (*D.* 2007, pan., p. 2967, obs. S. Amrani Mekki ; *RLDC* 2007, n° 2647, obs. S. Doireau), au sujet du malentendu entretenu par un contractant professionnel sur le montant du prix de vente et à propos duquel les conseillers, plutôt que de sanctionner la cour d'appel pour avoir qualifié ce malentendu d'erreur vice du consentement, lui reproche d'avoir estimé que cette erreur pouvait être excusée alors qu'elle émanait d'un professionnel.

(795) L'examen qui suit intéresse autant l'hypothèse du contrat réellement conclu que celui du contrat dont la conclusion aura été forcée par l'acceptant sur le fondement de la théorie de l'apparence. Ce dernier cas de figure pourra sembler marginal, n'étant guère de raisons de chercher à éviter l'inexistence du contrat pour requérir finalement son anéantissement d'un autre chef. Mais, justement, l'acceptant pourrait préférer ne pas se prévaloir d'une cause de nullité ou de résolution, laquelle n'opérera plus de plein droit, et se contenter, le cas échéant, d'une action en responsabilité ou d'une action en réduction du prix.

(796) Sur la notion, v. *supra*, *eod. num.*, spéc. note 785.

(797) Dans la mesure donc où cette chose serait comprise pour objet de la convention. Cela viserait par exemple l'hypothèse dans laquelle le vendeur et l'acquéreur se seraient mépris ensemble sur la nature du bien cédé : vendu comme lecteur de fichiers numériques, l'appareil se révèle finalement aux deux parties comme ne pouvant servir que de périphérique de stockage.

(798) Sur cette distinction, v. déjà *supra*, *eod. num.*

(799) Ce qui implique que l'action en annulation pour erreur ayant vicié le consentement soit exclusive d'une action en résolution pour défaut de conformité, ne visant pas, l'une et l'autre, les mêmes qualités de la chose. *Contra* pourtant : 1^{re} civ., 25 mars 2003, pourvoi n° 00-22958 (*JCP E* 2003, 1667, p. 1919, note Y.-M. Serinet), qui, au visa des articles 1110 et 1604, décide « *qu'étaient recevables les actions fondées, d'une part, sur la non-conformité de la chose vendue et, d'autre part, sur l'erreur commise sur une qualité substantielle de cette chose* ».

(800) C'est ainsi que l'acquisition sur pièce d'une œuvre estimée comme authentique et vendue comme telle sera toujours sujette à nullité relative du jour où son origine viendrait à être démentie. La jurisprudence, qui
(suite p. suiv.)

attributive était de nature fonctionnelle et tenait dans l'utilité attendue du bien, l'absence de cette qualité, rendant la chose « *impropre à l'usage auquel on la destine* » (C. civ., art. 1641), constituerait un vice rédhibitoire, de sorte que son acquéreur disposera alternativement, outre d'une action en nullité relative pour erreur ayant vicié son consentement, d'une action résolutoire ou d'une action estimatoire pour vice caché (art. 1644) ⁽⁸⁰¹⁾.

Lorsque les parties contractent au contraire hors la présence du bien, alors intellectuellement désigné, la plupart des qualités qu'ils attribueront à la chose serviront à l'identifier, si bien que, en cette autre hypothèse, l'absence de l'une de ces qualités convenues s'analysera en un défaut de conformité de la chose elle-même, lequel entraînera la résolution ou la nullité absolue de la convention selon qu'il aura résulté de la mauvaise exécution de l'obligation de délivrance ou de l'impossibilité de délivrer un bien dont le débiteur n'a jamais disposé ⁽⁸⁰²⁾. Seul l'usage attendu de la chose sera susceptible de ne valoir en ce cas que pour simple qualité attributive, sans servir autrement d'élément d'identification, en sorte que l'erreur commise sur une telle attente ouvrira toujours droit à annulation pour vice du consentement voire, pour l'acquéreur, à une action en résolution ou en réfaction pour vice caché ⁽⁸⁰³⁾.

Par où l'on voit que l'erreur sur les qualités de la chose est susceptible de faire naître, selon sa source, des actions bien distinctes parmi lesquelles le constat de l'inexistence du contrat ne se confond à aucune autre pour cette première raison qu'elle ne dépend pas de la nature de la qualité restée en débat : que celle-ci fût objectivement ou subjectivement constitutive, qu'elle fût même simplement attributive, elle empêchera toujours la formation du contrat chaque fois qu'elle aura cristallisé la mésentente des parties.

ne retient jamais en ce cas qu'un vice du consentement, plutôt qu'une nullité absolue pour défaut d'objet, estime nécessairement, ce jugeant, que l'authenticité d'une œuvre ne participe pas de sa substance, *proprio sensu*, mais seulement de ses qualités attributives, déterminant non l'essence de la chose mais le consentement des parties. Pour la discussion, v. déjà *supra*, *eod. num.*, note 789. Et pour la réfutation de l'expression, pourtant consacrée, d'*erreur sur la substance*, v. *supra*, n° 224, spéc. note 782.

(801) Pour un exemple, v. *supra*, *eod. num.*, spéc. note 792. Pour autant, la jurisprudence semble plutôt hostile pour l'heure à ce cumul d'actions : 1^{re} civ., 14 mai 1996, *Bull.*, I, n° 213 ; 3^e civ., 7 juin 2000, pourvoi n° 98-18966, *BICC*, n° 520, 15 sept. 2000, p. 48, arrêt n° 1060 ; *Les grands arrêts jur. civ.*, préc. (*supra*, note 286), n° 267-268 ; 17 nov. 2004, *Bull.*, III, n° 206 ; 30 mars 2011, pourvoi n° 10-15309. *Contra* cep., au cas de dol : 1^{re} civ., 6 nov. 2002, *Bull.*, I, n° 260 ; *CCC* 2003, n° 38, note L. Leveneur.

(802) Si donc les parties conviennent à distance de vendre et d'acheter d'après catalogue une table d'époque et que celle reçue ne s'avère que de style, l'acquéreur pourra réclamer la résolution de la vente pour défaut de conformité si son vendeur s'est depuis séparé de la table d'époque, mais se prévaudra de sa nullité absolue si ce dernier ne l'avait jamais possédée. Si, en revanche, les parties avaient contracté sur place, après avoir pu physiquement désigner la table, ce défaut n'aurait donné lieu qu'à une action en nullité relative pour erreur vice du consentement : v. *supra*, *eod. num.*, spéc. note 800.

(803) Que le disque protégé et comme tel occasionnellement illisible ait été acheté chez le disquaire ou sur Internet ne changera donc rien au fait que son acquéreur pourra, en l'absence de tout avertissement du vendeur, se prévaloir d'une erreur ayant altéré son consentement aussi bien que d'un vice rédhibitoire. V. par ex. en ce sens CA Versailles, 15 avril 2005, *Françoise M. et UFC Que Choisir c. EMI Music France* ; *CCE* 2005, n° 173, note C. Chabert.

226. L'erreur sur la quotité de la chose – Le pollicité qui, par erreur, acquiesce à l'offre pour une autre quotité que celle proposée ne forme rien d'autre qu'un malentendu. En ce cas encore, sa méprise fait obstacle à la rencontre des volontés⁽⁸⁰⁴⁾.

L'erreur sur le prix ne s'analyse donc pas tant en un vice du consentement que, bien plus souvent, en une mésentente exclusive de tout accord, ne visant très généralement que l'hypothèse dans laquelle l'acceptant n'aurait pas correctement entendu le montant stipulé par le pollicitant⁽⁸⁰⁵⁾, soit que le chiffre ait été mal rapporté⁽⁸⁰⁶⁾, soit que l'unité monétaire ait prêté à confusion⁽⁸⁰⁷⁾.

L'opinion tenace a toutefois pris fonds au sein de la doctrine classique que la convention, et la vente singulièrement, pourrait n'en être pas moins parfaite si le destinataire de l'offre avait, dans l'erreur qui était la sienne, donné son acceptation pour un prix supérieur à celui réclamé par le vendeur ou pour un prix inférieur à celui proposé par l'acheteur. Cette opinion s'exprime à raison du sentiment d'après lequel le prix le plus élevé contiendrait toujours le prix le plus faible, de sorte que celui-ci répondrait bien à celui-là chaque fois que l'intérêt respectif des deux contractants aura paru l'autoriser⁽⁸⁰⁸⁾. Et, de fait,

(804) L'erreur porte *in ipso corpore rei*, si l'on admet que la quotité participe autant que la qualité à la détermination de toute chose (arg. C. civ., art. 1129, pour le cas où la chose forme l'objet du contrat).

(805) Pour qu'il y ait vice du consentement sur le prix, il faudrait que les contractants lui aient attaché une fausse qualité dont la défaillance ne modifierait pas le montant convenu, ce qui vise en particulier l'hypothèse dans laquelle il aurait été prévu d'affecter le paiement à un usage en réalité impossible.

(806) Les erreurs d'étiquetage sont monnaie courante. Elles sont certes, en premier lieu, le fait de l'offrant, qui se rend ainsi auteur d'une erreur matérielle (sur quoi, v. déjà *supra*, n° 118, spéc. note 59). Mais elles ont aussi pour effet nécessaire de provoquer l'erreur réciproque du pollicité quant à l'intention véritable de son cocontractant, de sorte que, souscrivant à ce prix apparent, l'acceptant ne rencontre alors plus la volonté du pollicitant. Pour cette qualification d'erreur-obstacle, v. A. LEBOS, art. préc. (*supra*, note 794), n° 7 et s., qui conclut en conséquence à l'inexistence du contrat (n° 9, note 18). Et en jurisprudence, v. 1^{re} civ., 28 nov. 1973, D. 1975, p. 21, note R. Rodière ; RTD civ. 1974, p. 628, obs. G. Cornu, et RTD civ. 1975, p. 702, obs. Y. Loussouarn, qui censure un arrêt d'appel pour ne pas avoir répondu au moyen d'un acheteur qui invoquait un « *malentendu fondamental* » du fait de sa croyance erronée en un prix de 55 francs au lieu des 550 francs réclamés ; CA Nancy, 22 janv. 1986, *Juris-Data*, n° 041582, qui estime que « *l'accord des parties n'a pas pu se réaliser, cette erreur ayant constitué un obstacle* » ; ou encore 3^e civ., 12 juin 1991, pourvoi n° 89-16525, pour un prix stipulé à l'unité et non pour le lot de deux. Il peut également s'agir d'une erreur de conversion, laquelle a pu elle aussi alimenter le contentieux lors du passage du franc à l'euro. Comp. cep. 3^e civ., 4 juill. 2007, préc. (*supra*, note 794), qui, en cette hypothèse justement, décide de ne pas déporter le débat de l'erreur viciant le consentement sur laquelle l'avait placé la cour d'appel, alors que, en toute rigueur, « *Elle s'apparente bien plus à une erreur-obstacle, error in corpore sur l'identité même de la chose.* » (S. AMRANI MEKKI, obs. préc., *ibid.*).

(807) Comme il pourrait en aller pour une dette libellée en dollars entre un créancier américain et un débiteur australien qui auraient chacun considéré la monnaie de leur pays respectif. Plus près de nous, v. CA Orléans, 13 mai 2004 (CCE 2004, n° 144, obs. Ph. Stoffel-Munck ; JCP E 2005, 1060, obs. M. Vivant, N. Mallet-Poujol et J.-M. Bruguière ; RTD civ. 2005, p. 589, obs. B. Fages et J. Mestre), qui relève que « *force est de constater qu'il n'y a pas eu d'échange de consentement sur la prestation monétaire, l'acheteur entendant donner 10979 francs et le vendeur recevoir 10979 euros pour le même produit ; que les deux parties ne se sont pas entendues sur le prix, de sorte que le contrat de vente ne s'est pas formé* ».

(808) Si mon erreur me pousse à acheter pour vingt pièces ce que vous me vendiez pour dix, la vente serait ainsi conclue pour ces dix pièces (ULPIEN, *in* Dig., XLV, I, 1, § 4). De même, si, dans une croyance semblable, je consens à vendre pour dix pièces un bien pour lequel vous me proposiez le double, la vente serait encore conclue pour le plus faible de ces deux prix (rapp. POMPONIIUS, *in* Dig., XIX, II, 52, pour le malentendu entretenu en ce sens sur le prix du bail). Mais si, à l'inverse, j'accepte d'acheter à un prix moindre que celui que vous demandiez, ou de vendre plus cher que vous ne le souhaitiez, il n'est plus discuté alors qu'aucune vente ne se sera formée (Inst. Gaius, III, 102 ; Inst. Justinien, III, XIX, 5). Par où ces solutions trouvent toutes leur seule justification dans le critère de l'intérêt préjugé des parties. À leur soutien, cep. : R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, préc. (*supra*, note 86), n° 36, p. 35 (*Œuvres de Pothier*, par J. Bugnet, (suite p. suiv.)).

on l'a bien admis lorsque cette réponse résultait, non d'un malentendu, mais d'une ignorance consciente du déclarant⁽⁸⁰⁹⁾.

Mais, précisément, ce présupposé conditionnait alors la solution. On ne peut admettre qu'un prix vaille pour sa fraction que si son stipulant le proposait pour maximum, ce qui implique, pour le présumer, qu'il ne se soit pas contenté d'offrir son prix ni d'accepter celui du pollicitant, faute de quoi le principe restera à l'indivisibilité de la quotité stipulée⁽⁸¹⁰⁾ : il doit encore avoir voulu le diminuer pour le cas où il ne serait pas conformé à celui de son cocontractant, ce qui nécessite de démontrer qu'il ait envisagé cette éventualité. Car rien ne permet d'établir que telle serait l'intention naturelle de l'offrant, qui recherche d'abord l'acceptation pure et simple de sa proposition : s'il avait voulu permettre à son destinataire d'accepter pour un moindre prix que celui proposé, il l'aurait logiquement indiqué, en offrant de se rendre acquéreur *jusqu'à* tel prix. Et telle n'est pas non plus l'intention de l'acceptant qui croit souscrire très exactement au prix offert : lui aussi a voulu s'engager pour un prix précis, lequel s'avère ne pas être celui du pollicitant. Rien donc, surtout pas l'intérêt présumé des parties, n'autorise à passer outre ces déclarations. Ce serait faire assez peu cas de l'autonomie des volontés contractantes, et du libre-arbitre de leurs auteurs, que de prétendre forcer leurs intentions au nom d'un intérêt personnel imposé *in abstracto*, c'est-à-dire abstraction faite des volitions exprimées⁽⁸¹¹⁾. On peut fort bien avoir un intérêt personnel à acheter plus cher que ne le voulait le vendeur ou à vendre moins cher que ne le proposait l'acquéreur, et la liberté contractuelle s'en trouverait bien contrainte si l'on devait obliger le déclarant à faire connaître cet intérêt chaque fois qu'il stipulera un prix, ou toute autre quotité. Pourquoi d'ailleurs se donnerait-il la peine, en l'occurrence, d'apporter une telle précision puisqu'il s'est persuadé de contracter au prix offert ?

Si le contrat doit être réputé formé malgré l'erreur commise par l'acceptant sur la quotité demandée par le pollicitant, ce n'est pas parce que celle-ci serait infiniment divisible mais en raison de deux autres fondements, bien distincts. Le premier est que l'acceptation donnée

t. III, p. 16) : « *si l'acheteur compte par erreur acheter plus que la somme pour laquelle le vendeur veut vendre, le contrat de vente vaut pour cette somme que le vendeur a voulu vendre, et il est vrai que les parties sont convenues de cette somme ; car elle est comprise dans la plus grande pour laquelle l'acheteur a voulu acheter : celui qui veut acheter pour une grande somme, veut acheter pour la moindre qui est comprise dans la plus grande* » ; Ph.-A. MERLIN, *op. cit.* (*supra*, note 97), t. XVIII, 1828, v^o Vente, § I, art. III, II, p. 460 ; A. DURANTON, *op. cit.* (*supra*, note 75), t. XVI, n^o 99, pp. 126-128 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAT, *op. cit.* (*supra*, note 336), n^o 21, 2^o, p. 15 ; A. DOLBEAU, *op. cit.* (*supra*, note 319), p. 238. Comp. Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, préc. (*supra*, note 214), n^o 51, pp. 51-52, qui réfute la règle appliquée au contrat de prêt, mais l'admet pour le contrat de bail.

(809) V. *supra*, n^o 208, *in medio*, spéc. note 650, pour le cas où l'acceptant aurait ignoré le prix demandé par le pollicitant.

(810) Sur cette indivisibilité, déduite des articles 1220 et 1244 du Code civil, v. déjà *supra*, n^o 208, *in medio*, spéc. note 647.

(811) À un tel régime, un propriétaire pourrait donc accepter de céder sciemment son bien pour tout prix à sa convenance en deçà de celui offert par l'acquéreur ; en sorte que, au bout du raisonnement, il pourrait même accepter de s'en séparer pour rien, ou quasiment, et rendre alors ce pollicitant propriétaire sans que celui-ci n'ait rien à déboursier, ou si peu, de la somme qu'il se proposait de payer. Or, quelle que soit la volonté de son interlocuteur, on peut fort bien répugner à le déposséder sans l'indemniser d'une contrepartie que l'on estimera aussi équitable que possible.

par erreur pour une quotité à peine différente de celle indiquée dans l'offre autorise à présumer, légitimement cette fois, que l'acceptant aurait aussi bien consenti pour le montant offert : si le malentendu est négligeable, il n'est plus guère de raison, sauf circonstances particulières, de considérer qu'il ait déterminé le consentement de son auteur. En sorte que le contrat devrait pouvoir se conclure aux conditions de l'offrant, que cette quotité fût un peu plus ou un peu moins élevée que celle retenue par l'acceptant⁽⁸¹²⁾. À moins que ce dernier n'entende se prévaloir de sa croyance, si elle est légitime, pour imposer la quotité qu'il lui a semblé accepter. Cet autre fondement lui permettra alors de forcer à la formation du contrat quelle qu'ait été la mesure du malentendu⁽⁸¹³⁾. Hors ces remèdes, l'acceptation donnée pour une autre quotité demeurera impuissante à conclure l'accord.

227. L'ampleur du malentendu – Encore une telle méprise ne s'opposera-t-elle tout à fait au contrat que si elle porte sur l'ensemble de l'offre, car un malentendu peut être global aussi bien que partiel. Il serait partiel, notamment, si l'ignorance de l'acceptant se limitait à une clause demeurée méconnue, dès lors que celle-ci n'aura déterminé le consentement d'aucun contractant⁽⁸¹⁴⁾. Tel pourrait être le cas par exemple d'une stipulation rédigée en caractères insuffisamment lisibles ou de celle exprimée dans un langage d'une technicité abstruse⁽⁸¹⁵⁾. Et il y aurait lieu de décider en même sens dans l'hypothèse où l'offrant aurait renvoyé de bonne foi à des annexes restées en réalité

(812) Rapp. déjà lorsque cette différence résulte de deux offres croisées, *supra*, n° 209, *in medio*, spéc. note 664.

(813) V. *infra*, n° 229 et s.

(814) Rapp. BGB, § 155. Sur cette hypothèse, v. F. LIMBACH, *op. cit.* (*supra*, note 50), n° 544 et s., p. 277 et s. Si la stipulation avait déterminé le consentement de son auteur, le contrat pourrait encore se former sans celle-là, mais du fait alors de la théorie de l'apparence et non plus de la nature de la clause : v. *infra*, n° 229 et s.

(815) V. par ex. 1^{re} civ., 31 mai 1983, *Bull.*, I, n° 159, pour l'inopposabilité d'une clause exclusive de responsabilité « écrite en caractères minuscules » ; Com., 14 avril 1992, *Bull.*, IV, n° 166, qui écarte du contrat des clauses « écrites en caractères qui ne sont pas lisibles » ; 1^{re} civ., 27 févr. 1996, préc. (*supra*, note 283), qui exclut, au profit de la garantie annoncée dans le document publicitaire, le jeu d'une clause évasive de garantie noyée dans un document de seize articles rédigés en petits caractères sur trois colonnes ; Com., 5 févr. 2002, pourvoi n° 98-17529 ; CCC 2002, n° 88, note L. Leveneur, qui décide que les juges du fond, ayant relevé que la clause portait renonciation à l'article 2000 du Code civil sans en reproduire le texte et était par ailleurs « noyée dans les conditions générales du contrat », ont pu en déduire que « la clause litigieuse [était] trop hermétique pour qu'il soit établi qu'elle [ait] été acceptée en connaissance de cause » ; CA Paris, 12 sept. 1999, *D.* 2000, SC, p. 65, 1^{re} esp., obs. F. Pérochon et D. Mainguy, qui estime que « la clause de réserve de propriété [figurant] en bas de page en petits caractères difficilement lisibles [...] n'est pas apparente et que l'acheteuse ne peut être présumée l'avoir tacitement acceptée ». Rapp. égal. Principes Unidroit, art. 2.1.20 (2).

Les dispositions légales et réglementaires sont d'ailleurs nombreuses à exiger que certaines clauses figurent de façon spécialement apparente sous peine de nullité ou, plus justement, d'inopposabilité. V. par ex. décr. 72-678 du 20 juill. 1972, art. 78, al. 1^{er}, pour quelques stipulations introduites en faveur de l'agent immobilier dans son contrat de mandat ; C. proc. civ., art. 48, pour les clauses attributives de compétence convenues entre commerçants ; C. assur., art. L. 112-3, al. 1^{er}, L. 112-4, dern. al., et L. 113-15, al. 1^{er}, qui exigent que les clauses du contrat d'assurance soient, selon leur nature, rédigées « en caractères apparents » ou « très apparents » ; C. consom., art. L. 133-2, al. 1^{er}, au visa duquel la Cour de cassation (1^{re} civ., 14 nov. 2006, *Bull.*, I, n° 489 ; *D.* 2006, AJ, p. 2980, 1^{re} esp., obs. C. Rondey) est allée jusqu'à supprimer comme étant abusive « la clause [...] rédigée en petits caractères dont la taille était inférieure à celle des autres clauses voisines », s'affranchissant ainsi des conditions matérielles que l'article L. 132-1 du même Code impose à cette qualification.

inaccessibles, ou trop peu accessibles⁽⁸¹⁶⁾ : l'acceptant qui peut établir que ces autres stipulations ne pouvaient pas être raisonnablement connues de lui au jour de son acceptation démontrera par là qu'il n'a pas pu y consentir⁽⁸¹⁷⁾. En ces hypothèses donc, son consentement formera toujours le contrat, mais dépourvu alors de ces clauses accessoires.

Il faudrait que ces stipulations ignorées fussent déterminantes du consentement de l'une ou l'autre partie pour le contrat tombât pour son tout⁽⁸¹⁸⁾. À l'évidence en irait-il ainsi si la clause méconnue participait à la détermination de l'objet ou de la cause même de l'engagement : en ce cas, l'acceptant n'aura simplement pas acquiescé au même contrat que celui qui lui aura été proposé⁽⁸¹⁹⁾. Et le malentendu serait plus total encore si l'acceptant n'avait rien entendu du sens de l'offre reçue, ce qui pourrait être le cas par exemple de celui qui, recevant une proposition rédigée dans une langue qui lui est étrangère, l'aura

(816) Si au contraire le pollicitant savait que ces clauses étaient à peu près inaccessibles, c'est son offre elle-même qui s'en trouverait expurgée : v. *supra*, n° 117, *in fine*, spéc. note 46. Ainsi se résout la question de l'opposabilité au destinataire des clauses insérées dans le contrat de transport par le voiturier : réputé adhérer à ce rapport contractuel lors de la réception de la marchandise (e.g. C. com., art. L. 132-8, pour le transport terrestre), le destinataire tenu dans l'ignorance des stipulations de cette convention ne peut y souscrire qu'à concurrence des clauses qu'il est naturel de trouver dans un contrat de transport. Ce en quoi celles qui ne sont pas de sa nature n'auront pas été soumises à son acceptation. V. ainsi Com., 4 janv. 2005, *Bull.*, IV, n° 5 ; *Rapp.*, p. 340 ; D. 2005, AJ, p. 214, obs. E. Chevrier, et pan., p. 2749, obs. H. Kenfack ; JCP 2005, II, 10067, note C. Legros ; RTD com. 2005, p. 589, obs. B. Bouloc ; RDC 2005, p. 756, obs. Ph. Delebecque, à propos d'une clause attributive de juridiction, qui « ne fait pas partie de l'économie du contrat » de transport.

(817) On ne présumera sa volonté d'accepter quoi qu'il en aille et de s'en remettre alors à la détermination unilatérale de ces clauses par son cocontractant que si celles-ci lui étaient normalement accessibles : s'il n'a pas même fait l'effort d'en prendre connaissance, c'est bien que leur substance lui était indifférente. Rappr. en ce sens PDEC, art. 2:104, et Principes Acquis, art. 6:201 (1) et (4).

Si bien que, en définitive, la question de l'existence du contrat conclu par clauses de référence se règle comme suit. Lorsque l'offre renvoie à des clauses effectivement communiquées et normalement accessibles au jour de l'acceptation, le contrat ainsi formé intègre ces stipulations annexes, quand bien même l'acceptant n'aurait-il pas pris la peine de les examiner. Lorsque, en revanche, ces clauses se trouvaient en réalité inaccessibles, ou trop difficilement accessibles, elles seront toujours incluses à l'offre – tant du moins que son auteur avait voulu les communiquer – mais leur destinataire n'aura pas pu les accepter, de sorte que le contrat se formera sans elles, sauf pour le pollicitant à démontrer que l'acceptant n'a de toute façon pas cherché à en prendre connaissance, auquel cas on présumera à nouveau que celui-ci avait admis d'incorporer ces conditions à la convention quoi qu'elles stipulent. Si, de façon différente, l'offre renvoie à des conditions qui n'ont pas même été communiquées avant son acceptation, elle ne les contiendra pas, et l'on s'interrogera alors sur l'existence de cette pollicitation (v. *supra*, n° 117, spéc. note 46), laquelle dépendra du caractère déterminant ou non de ces conditions, étant entendu que leur omission intentionnelle exclura que le pollicitant ait pu leur attacher ce caractère (v. *supra*, nos 150 et 151, spéc. note 328). Une telle omission aura d'ailleurs pu être convenue par les parties, auquel cas l'insertion ultérieure des stipulations attendues sera subordonnée à une nouvelle acceptation, qui pourra néanmoins s'exprimer tacitement par la continuation du contrat déjà formé (v. *supra*, n° 190, spéc. notes 567 et 569), étant seulement réservée l'hypothèse dans laquelle les parties auraient entendu conférer au pollicitant un pouvoir de fixation unilatérale de ces conditions, alors soumis au contrôle de l'abus (v. *infra*, n° 237, spéc. note 930). Si l'offrant, enfin, avait même tout à fait oublié de renvoyer dans sa proposition à une annexe contractuelle, celle-ci en serait irrémédiablement exclue, en sorte que l'acceptation formerait un accord qui ne la contiendrait pas, et son intégration ultérieure nécessiterait une nouvelle adhésion que le simple silence ne permettrait plus de présumer.

(818) Rappr. en ce sens l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, art. 1109-1 : « Il n'y a point de consentement lorsque les volontés ne se sont pas rencontrées sur les éléments du contrat. »

(819) Si l'objet et la cause du contrat, une fois déterminés, en constituent nécessairement des éléments essentiels, ce caractère doit au contraire être spécialement établi pour toute clause non incluse à cet objet ou cette cause. Sur la définition de l'essence contractuelle, v. déjà *supra*, n° 208, *in limine*.

néanmoins acceptée en regard d'une proposition préalable qu'il aura seule comprise et qu'il aura crue, à tort, conforme à l'offre définitive⁽⁸²⁰⁾.

228. L'inefficacité de l'acceptation – L'acceptation, qui réside tout entière dans l'intention de son auteur, ne se trouve pas privée d'existence du seul fait qu'elle ne répond pas à une offre conforme. Mais son objet, qui consiste à former un contrat, est pour cette raison juridiquement impossible, de sorte que, même existante, elle n'en reste pas moins inefficace⁽⁸²¹⁾.

Impropre à produire le moindre effet, l'acceptation ne conclura dès lors aucun accord, lequel demeurera bien, pour sa part, inexistant⁽⁸²²⁾. On mesure donc ici toute la différence qui sépare l'erreur exclusive du consentement de celle qui ne fait que le vicier : l'offrant pourra, comme tout intéressé, se prévaloir de l'inexistence aussi bien que l'acceptant

(820) Mais l'acceptation, quant à elle, pourrait fort bien se donner en une langue étrangère au pollicitant, s'agissant seulement de déterminer si elle contient, dans l'intention de son auteur, l'acquiescement attendu. En ce sens : J. MONTAGNIER, *De la lettre missive considérée au point de vue des droits des parties et des tiers et de son rôle dans la formation des contrats*, th. Montpellier, 1906, n° 186, p. 184.

(821) V. égal. en ce sens l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, art. 1105-5, al. 2 : « Une acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet ». On se demande dès lors comment une acceptation dépourvue d'effet pourrait avoir néanmoins celui de former une convention seulement susceptible d'annulation. V. ainsi art. 1109-2, proj. : « L'absence de consentement entache la convention de nullité relative. », l'exposé des motifs précisant que cette disposition viserait notamment l'hypothèse du malentendu (Rapp., p. 19).

(822) Que les auteurs retiennent ou non l'inexistence pour sanction distincte de la nullité absolue, tous admettent que le malentendu en constitue, pour les uns, ou en constituerait, pour les autres, le paragon. Chez ceux-là mêmes qui la distinguent, v. not. Ch. AUBRY et Ch. RAU, *loc. cit.* (*supra*, note 78), pp. 291-292 : « C'est ainsi qu'il n'y aurait pas de contrat formé, s'il y avait eu malentendu ou erreur des parties sur l'identité même de la chose, ou si l'une d'elles ayant offert de vendre tel objet, l'autre avait déclaré vouloir le prendre à bail. » ; M. PLANIOL, *op. cit.* (*supra*, note 61), n° 273, pp. 102-103 : « Il y a deux sortes d'erreurs qui empêchent la formation même de l'acte juridique, savoir 1° l'erreur sur la nature de l'acte à accomplir, et 2° l'erreur sur l'identité de la chose qui fait l'objet de l'acte. Toute autre erreur ne peut être, au plus, qu'un vice de la volonté » ; et t. II, nos 1050 à 1053, p. 361, où il conclut : « Il n'y a pas de consentement, puisqu'il n'y a pas d'accord ; c'est un malentendu, ce n'est pas un contrat. » ; P. GAUDEFFROY, *L'erreur-obstacle*, th. Paris, 1924, pp. 81-85, spéc. p. 82 : « Conclure à l'inexistence du negotium en présence de ce que nous avons appelé une erreur obstacle c'est de beaucoup la décision la plus logique », puis « la justification de cette forme spéciale d'erreur entraîne évidemment la justification corrélatrice de l'inexistence. » ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 3^e éd., Sirey, t. I, 1937, n° 140, p. 104 : « L'acte inexistant est celui qui manque d'un élément essentiel, d'un organe vital, en sorte qu'il ne répond même pas à la définition générique qui en est donnée par la loi : par exemple, les parties n'ont pas entendu se lier, la volonté juridique a fait défaut ; ou bien leurs volontés ne se sont pas rencontrées, il y a eu erreur sur l'identité de l'objet ou sur la nature de l'acte » ; F. LIMBACH, *op. cit.* (*supra*, note 50), n° 526 et s., p. 269 et s. ; N. CARDOSO-ROULOT, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, th. Dijon, 2006, L'Harmattan, 2008, n° 530 et s., pp. 399-416, spéc. n° 530 : « L'inexistence du contrat tout entier est en principe la sanction qui s'impose en cas de désaccord sur les obligations essentielles ».

La solution paraissait assez bien établie en jurisprudence. V. par ex. Com., 15 févr. 1961, *Bull.*, III, n° 91, qui approuve la cour d'appel d'avoir jugé que « du fait de cette divergence de volontés, due à un malentendu, le contrat n'a pu se former », pour en déduire que « la cour n'a pas eu à annuler un contrat pour erreur sur les qualités de la chose qui en était l'objet » ; CA Paris, 8 juill. 1966 (*Gaz. Pal.* 1967, I, p. 33 ; *RTD civ.* 1967, p. 382, obs. J. Chevallier) : « la volonté des parties ne s'étant pas rencontrée sur le même objet [l'une croyant acheter un appartement quand l'autre entendait céder les parts sociales de la société propriétaire], les conventions qu'elles ont ainsi apparemment passées sont nulles de nullité absolue, et même inexistantes » ; 3^e civ., 26 févr. 1975, *Bull.*, III, n° 83, qui décide à la suite des juges du fond que « faute d'accord des parties sur la chose, l'offre et l'acceptation n'ayant pas pour objet les mêmes bâtiments, le contrat de vente ne s'était pas formé » ; et encore 1^{er} févr. 1995, préc. (*supra*, note 772). Rapp. égal. les décisions qui concluaient en ce cas à la nullité absolue plutôt que relative : 3^e civ., 18 mars 1980, *Bull.*, III, n° 65 ; 15 avril 1980, *Bull.*, III, n° 73. Mais comp. depuis : 3^e civ., 26 juin 2013, *Bull.*, III, n° 85 ; *RDC* 2013, p. 1299, obs. Th. Genicon, qui décide qu'une erreur-obstacle n'entraînerait jamais que la nullité relative du contrat tant que l'intérêt général n'est pas en jeu.

lui-même⁽⁸²³⁾, lequel se trouvera ainsi dépourvu de la faculté unilatérale de confirmer son engagement ; le moyen tiré de l'inexistence du contrat est de pur droit et le juge devrait dès lors être tenu de le relever d'office et en tout état de cause dès lors qu'il s'évince des faits introduits dans le débat et non discutés par les parties ; l'action se prescrira selon le délai de droit commun et non par le délai abrégé propre hier encore aux nullités relatives ; etc.⁽⁸²⁴⁾.

L'acceptation ainsi donnée par malentendu pourra toutefois valoir offre de contracter aux conditions comprises par son auteur. Si l'on veut bien reconnaître en effet que l'intention de conclure un contrat postule aussi bien celle de le proposer, on admettra de convertir par réduction l'acceptation en pollicitation⁽⁸²⁵⁾. De sorte que, pour revenir à l'exemple classique, celui qui accepte pour emprunt le bien qui ne lui a été remis qu'en dépôt manifeste ce faisant une offre de prêt à l'adresse du déposant, lequel pourra finalement accorder ce droit d'usage à son détenteur⁽⁸²⁶⁾. Dans la mesure cependant où, par hypothèse, celui-ci ignore son erreur et suppose le contrat déjà formé, le respect de son intention imposera de faire rétroagir l'acceptation éventuelle du premier pollicitant au jour de cette contre-proposition involontaire⁽⁸²⁷⁾. Techniquement, rien n'empêche en effet les parties de prévoir quelque rétroactivité à leur convention, et donc à un offrant de la stipuler, même implicitement, dans sa proposition. Dans l'attente de cette acceptation réciproque, l'*errans* qui réaliserait finalement sa méprise pourrait toujours prendre les devants pour adhérer, sans erreur cette fois, à la proposition originaire⁽⁸²⁸⁾. À moins qu'il n'entende forcer au contrat en le soumettant par exception à sa croyance légitime.

B - L'EXCEPTION DE CROYANCE LÉGITIME

229. Le domaine de l'apparence – La théorie de l'apparence intervient à double titre dans la formation des conventions.

(823) V. ainsi L. LAROMBIÈRE, *loc. cit.* (*supra*, note 772) : « Et cette distinction n'est pas purement théorique. Lorsqu'il n'y a qu'une erreur-nullité, celui-là seul est recevable à demander la nullité de la convention, dont le consentement a été entaché d'erreur ; de telle sorte que, si de part et d'autre, il y avait erreur, chaque partie pourrait également s'en prévaloir. Alors, au contraire, qu'il y a une erreur-obstacle, comme dans ce cas il n'y a pas de contrat, faute par les parties de s'entendre, et que dès lors l'erreur leur est essentiellement commune, chacune d'elles est également en droit de soutenir qu'aucune convention n'existe. Il ne s'agit pas seulement d'une convention annulable ou rescindable, mais bien d'une convention réputée inexistante. »

(824) Pour l'examen général du régime de l'inexistence, v. *supra*, n° 13.

(825) Pour d'autres applications de cette conversion, v. déjà *supra*, n° 97, *in medio*, spéc. note 69, et n° 172, spéc. note 461. Et pour son admission au cas d'offre non conforme, v. par ex. l'Avant-projet de Code européen des contrats, Académie des privatistes européens, dir. G. Gandolfi, Pavie, 2001, art. 16, al. 6 ; et Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, art. 1105-5, al. 2. *Mutatis mutandis*, le principe de cette conversion devrait d'ailleurs valoir pour toute hypothèse d'acceptation inefficace, *ratione materiae*, comme ici, mais également *ratione temporis* (*infra*, n° 237 et s.) ou *ratione personae* (*infra*, n° 252 et s.).

(826) V. en ce sens R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, th. Dijon, 1909, p. 197, note 2.

(827) Comp. lorsque la contre-proposition est volontaire, auquel cas il n'est aucune raison de faire rétroagir l'acceptation qui lui serait donnée : v. *supra*, n° 208.

(828) Si la contre-proposition ne vaut pas nécessairement rejet de l'offre initiale lorsqu'elle est volontaire (sur quoi, v. *supra*, n° 210), à plus forte raison ne le vaut-elle pas lorsqu'elle est, comme ici, involontaire.

Elle permet, d'une part, de valider le contrat normalement nul pour objet juridiquement impossible lorsque l'une des parties ignorait cette impossibilité. Dans les contrats translatifs, en particulier, l'apparence supplée ainsi à l'absence du droit transmis, dont elle force le transfert aux dépens du véritable titulaire. En cette hypothèse donc, la théorie est au service de celle des parties qui aura commis cette erreur, voire idéalement des deux si celles-ci ont chu ensemble dans la même croyance.

Mais la théorie s'insinue aussi en autre part, et en premier lieu alors, au stade préalable de la rencontre des volontés, lorsque la validité en cause n'est pas encore celle du contrat mais celle des volitions qui le constituent. À cet endroit, la possibilité de l'objet de chacune de ces déclarations dépendra de la seule question de savoir si elle permettrait de former le contrat. Or, des deux consentements, seule l'acceptation risque de manquer son objet et de tenir cette imperfection dans l'ignorance de son auteur. Car l'offrant, pour sa part, ne peut se méprendre ni sur la teneur de sa propre volition, ni sur celle de son interlocuteur qui, par hypothèse, ne s'est pas encore exprimé⁽⁸²⁹⁾. Si bien que, de ce point de vue, la possibilité de l'offre ne procède pas plus de la volonté de son auteur que de celle de son destinataire⁽⁸³⁰⁾ : pour autant qu'elle existe et pouvait être émise, une sollicitation est toujours susceptible d'être acceptée, et de produire son effet en œuvrant à la formation du contrat⁽⁸³¹⁾. La réalisation de l'objet de l'acceptation, au contraire, dépend tout entier de sa conformité à l'offre antécédente, en sorte que l'acceptant sera cette fois sujet au risque de méprise⁽⁸³²⁾. Dès lors, au sein du processus de formation du contrat, où menace la sanction de l'inexistence du contrat, l'exception de croyance légitime ne peut logiquement être invoquée que par l'acceptant⁽⁸³³⁾.

(829) Même abstraction faite de cette vérité chronologique – puisque l'opinion qui prétend retarder l'effet de l'acceptation à sa réception la dénie en effet – quelle pourrait bien être la nature de l'erreur alors commise par l'offrant, considérant que toute acceptation ne répond jamais qu'un même « oui » à sa proposition ? Pour que le pollicitant se méprenne sur l'intention de l'acceptant, il faudra toujours que celui-ci se soit lui-même préalablement trompé sur la teneur de l'offre reçue, en sorte que l'erreur de l'un impliquerait nécessairement l'erreur réciproque de l'autre. Au terme de ce cheminement aporétique, on se retrouverait ainsi devant l'alternative suivante : soit accorder le bénéfice de l'apparence aux deux parties, et donc finalement à aucune, soit le réserver à l'une d'entre elles, qu'il s'agira bien alors de désigner. Or, choisir le sollicitant au détriment du sollicité ne reviendrait rien moins qu'à doubler le pouvoir d'initiative du premier par un privilège exorbitant consistant à faire en outre prévaloir son intention véritable sur sa volonté apparente. Sur cet écueil, v. déjà *supra*, n° 118, spéc. note 69. Attribuer le bénéfice de l'apparence à l'acceptant, c'est au contraire permettre à celui-ci de s'opposer efficacement au pouvoir d'élaboration du pollicitant, lequel dispose toujours pour sa part de celui de s'exprimer le plus clairement possible afin de réduire les risques de malentendu, et de malentendu légitime en particulier.

(830) Sur les causes d'inefficacité de l'offre, v. *supra*, n° 163 et s.

(831) Ce qui ne préjuge rien de la validité du contrat ainsi formé : l'effet propre de l'offre ne se confond pas à celui du contrat qu'elle inaugure. Sur cette nécessaire distinction, v. déjà *supra*, n° 162.

(832) En soi, la théorie de l'apparence a vocation à jouer en tous cas de nullité de l'acceptation pour inadéquation à l'offre, que celle-ci n'ait eu aucune existence réelle ou aucune validité (*supra*, n°s 168 et 173), qu'elle ait exprimé une autre intention que celle admise par son destinataire (*hic*), ou que sa portée ait été insuffisante pour autoriser l'acceptation qui lui a été donnée (*infra*, n° 233 et s.). L'examen ici effectué de la théorie a donc aussi pour objet de servir, *mutatis mutandis*, à ces autres hypothèses.

(833) C'est ainsi que les juges rejettent les actions en exécution forcée intentées par les pollicitants, même de bonne foi, contre les cocontractants qui auront établi le malentendu subi lors de leur acceptation. V. par ex. CA Paris, 30 nov. 2006, *JCP* 2007, II, 10069, note H. Kenfack, qui déboute en ce sens le bénéficiaire rédacteur d'une promesse de vente ayant obtenu la signature d'un vendeur maîtrisant mal la langue et qui

(suite p. suiv.)

La tradition rattache communément la première expression de la règle à la *lex barbarius Philippus*, qui valida retrospectivement les actes accomplis en qualité de préteur par un esclave romain empêché par son état d'accéder à cette dignité⁽⁸³⁴⁾ : cette loi de validation fut alors promulguée, en effet, en considération de l'invincibilité de l'ignorance des parties concernées et de l'exorbitance des conséquences qui eussent résulté de l'annulation de l'ensemble des édits prononcés. Or, ce rattachement procède d'une confusion entretenue depuis toujours entre deux systèmes de règles bien distincts, l'un visant à contenir l'effet rétroactif de l'annulation d'un acte juridique, l'autre emportant régularisation d'un acte nul⁽⁸³⁵⁾. Car il y a plus dans la validation qu'une simple limitation temporelle des effets de l'annulation : la validation opère aussi bien pour le passé que pour l'avenir en éludant la nullité sur le fond même du droit. Lorsque le juge administratif entérine ainsi les effets déjà produits par un règlement illégal, il ne valide pas celui-ci mais circonscrit seulement sa disparition à l'avenir⁽⁸³⁶⁾. Si donc les actes antérieurement passés sur son fondement s'en

croyait pour sa part n'avoir accepté qu'un simple pacte de préférence. Comp. cep. Com., 12 mai 1987, pourvoi n° 85-17617, qui accueille l'action en paiement d'un vendeur se prévalant de la commande apparente du défendeur, en réalité passée par un tiers usurpateur.

(834) D'après ULPIN, *in Dig.*, I, XIV, 3. Sur ce rattachement historique, v. par ex. D. DEROUSSIN, th. préc. (*supra*, note 465), p. 25 ; M. BOUDOT, *in Rép. civ.*, Dalloz, v° Apparence, n° 2.

(835) Dénonçant cette confusion, v. déjà A. DANIS-FATÔME, *Apparence et contrat*, th. Paris I, 2002, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 414, 2004, n° 17, p. 16.

(836) V. not. CE, ass., 11 mai 2004, *Assoc. AC !*, n° 255 886, *Rec.*, p. 197 (RFDA 2004, p. 454, concl. Ch. Devys ; AJDA 2004, p. 1183, obs. C. Landais et F. Lenica ; *Les grands arrêts jur. adm.*, préc. (*supra*, note 454), n° 114), qui expose dans un considérant désormais consacré que « s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives [...] il appartient au juge administratif [...] d'apprécier [si ces éléments] peuvent justifier qu'il soit dérogé à titre exceptionnel au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et, dans l'affirmative, de prévoir dans sa décision d'annulation que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de celle-ci contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause, tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à son annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il aura déterminée ». Dans les mêmes termes, v. égal. CE, 25 févr. 2005, *France Télécom*, n° 247866, *Rec.*, p. 86 (JCP A 2005, p. 1101, note E. Breen ; AJDA 2005, p. 997, obs. C. Landais et F. Lenica ; RFDA 2005, p. 802, note E. Prada-Bordenave) pour l'annulation d'une décision de l'Autorité de régulation des télécommunications ; 12 déc. 2007, n° 296072, *Sire, Rec.*, p. 471 (AJDA 2008, p. 638, concl. M. Guyomar ; D. 2008, p. 1456, note P.-O. Caille), qui juge que, malgré sa nullité, la nomination illégale d'un procureur ne remet pas en cause les décisions rendues avec son concours, transposant ainsi la première application faite de la règle par la *lex barbarius Philippus* ; 16 mai 2008, n° 290 416, qui, toujours sur le même fondement, estime que, au regard de « l'intérêt qui s'attache d'une part à la continuité de l'exercice, par les différentes collectivités publiques, de leurs compétences, d'autre part à la sécurité juridique des collectivités territoriales et des personnels concernés, auxquelles une annulation rétroactive des dispositions du décret attaqué porterait une atteinte manifestement excessive, il y a lieu, pour permettre aux pouvoirs publics de prendre l'ensemble des mesures nécessaires à l'une et à l'autre, de n'en prononcer l'annulation – sous réserve des droits des personnes qui ont engagé une action contentieuse à la date de la présente décision – qu'à compter du 1^{er} janvier 2009 » ; 19 déc. 2008, n° 312 553, qui décide que « l'annulation rétroactive de la liste des pôles de l'instruction [...] porterait, eu égard au nombre d'information instruites depuis l'entrée en vigueur du décret, une atteinte manifestement excessive au fonctionnement du service public de la justice ; que, dès lors, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de ne prononcer l'annulation des dispositions du décret attaqué [...] qu'à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de la date de la présente décision » ; etc.

D'administrative, la solution est brusquement devenue constitutionnelle. À peine les juges de la rue Montpensier avaient-ils en effet adopté pour leur propre compte cette jurisprudence nouvelle (déc. n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, qui retarde au 1^{er} janvier 2009 l'effet de l'annulation pour inconstitutionnalité d'une disposition transpositoire d'une directive européenne dans le but de laisser au législateur le temps de rectifier son œuvre sans risquer la condamnation éventuelle de la France, sous le coup d'une procédure ouverte par la Commission européenne pour transposition incomplète), que le pouvoir constituant la consacra, un mois plus tard, à l'occasion de l'introduction de la question dite prioritaire d'inconstitutionnalité dans le droit processuel

(suite p. suiv.)

trouvent bien quant à eux validés, ce n'est qu'en conséquence de l'absence de rétroactivité de cette annulation et non pas parce que le juge aura porté quelque appréciation particulière sur chacun de ceux-ci. La solution s'impose de la même façon que la décision critiquée ait été simplement nulle ou tout à fait inexistante : qu'un fonctionnaire agisse hors de sa compétence en l'absence de toute délégation de pouvoir ou qu'un particulier usurpe la fonction en l'absence de tout acte de nomination, le juge dispose toujours, selon le droit administratif, de la faculté d'ignorer l'absence de délégation ou de nomination, comme si, donc, cette carence devait se limiter à l'avenir. C'est cette solution qui justifie que puissent être conservés les extraits d'état civil délivrés par des employés de mairie sans pouvoir⁽⁸³⁷⁾ ou maintenus les mariages célébrés par un officier incompetent⁽⁸³⁸⁾ voire par un fonctionnaire de fait⁽⁸³⁹⁾.

La confusion est née, semble-t-il, de ce que l'on n'a considéré que les actes ultérieurement passés sur le fondement de l'acte disparu sans voir que la validation de ceux-là résultait de la non-rétroactivité de la disparition de celui-ci. S'il est bien vrai, ainsi, que les contrats conclus sous le régime d'un acte réglementaire illégal peuvent échapper à la nullité, c'est moins par égard pour la bonne foi des contractants qu'en conséquence du maintien *erga omnes* de l'effet passé du règlement annulé. Du reste, si le juge ne devait se prononcer qu'en contemplation de la croyance légitime des justiciables, il mettrait systématiquement obstacle à l'effet rétroactif de l'annulation de la décision mal fondée, considérant que tout acte émané de l'autorité publique jouit d'une même présomption de validité, suffisant à constituer de bonne foi ceux qui s'y seront tenus⁽⁸⁴⁰⁾. Or, la jurisprudence réserve au contraire à cette solution un caractère exceptionnel, se fondant pour ce faire, non sur la seule apparence ou le seul principe de sécurité juridique, mais sur les « conséquences

français. Ainsi, d'après l'article 62, alinéa 2, de la Constitution (rédict. L. const. 2008-724 du 23 juill. 2008), le juge constitutionnel se trouve désormais formellement investi du pouvoir, non seulement de retarder l'effet de l'abrogation de la loi dans le temps, mais de moduler même les conséquences matérielles de cette abrogation...

(837) Hypothèse à l'origine de cette jurisprudence administrative pour avoir donné lieu à un avis normatif du Conseil d'État le 2 juillet 1807. Pour le principe, v. CE, 2 nov. 1923, *Assoc. des fonctionnaires de l'administration centrale des postes*, *Rec.*, p. 699.

(838) V. concl. BARBIER sous Civ., 7 août 1883, *DP* 1884, I, p. 5, note Th. Ducrocq ; S. 1884, I, p. 5, note J.-E. Labbé, qui estime, afin de valider les mariages célébrés dans la commune de Montrouge, que la nullité déduite de l'article 191 du Code civil n'est que facultative. La règle s'enseigne depuis lors. Jugé en ce sens : TGI Paris, 10 nov. 1992, *BICC* n° 367, p. 13 ; *D.* 1993, p. 467, note B. Beignier, qui subordonne la nullité du mariage pour incompetence de l'officier de l'état civil à la fraude des époux.

(839) V. IGECE, 21 déc. 1955, art. 50, rédict. 11 mai 1999, *JO* 28 juill. 1999, Annexes, p. 50041, n° 163. Sur la théorie administrativiste des fonctionnaires de fait, v. not. T. ROUSSEAU, *Essai d'une théorie de la fonction et des fonctionnaires de fait*, th. Lille, 1914 ; G. JÈZE, « Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait », *RDP* 1914, pp. 48-144 ; M. MOUSTAKAS, *La confiance de l'administré et son influence sur le régime juridique des actes administratifs unilatéraux*, th. Paris II, 1993 ; M. CANEDO, *Le mandat administratif*, th. Poitiers, 1999, LGDJ, *Bibl. dr. publ.*, t. 216, 2001.

(840) En la matière donc, l'élément subjectif ne s'oppose pas à la rétroactivité de l'annulation mais, au contraire, à sa limitation : il faudra prouver qu'aucune des parties n'ignorait l'illégalité de l'acte attaqué pour priver celui-ci, et à leur endroit seulement, de tout effet. On mesure ainsi tout ce qui sépare cette solution de celle qui s'attache à l'apparence en droit privé, où il incombe à l'inverse à celui qui se prévaut de sa croyance d'en établir l'existence ainsi que la légitimité, et où la validation n'opère en conséquence que par exception, en faveur de celui qui aura surmonté cet obstacle probatoire.

manifestement excessives » que la disparition rétroactive de l'acte attaqué serait susceptible d'emporter⁽⁸⁴¹⁾.

La théorie de l'apparence, telle que le droit privé la conçoit, paraît trouver en réalité une source beaucoup plus sûre dans la solution de droit justinien, demeurée depuis, par laquelle l'acquéreur de bonne foi d'un héritier apparent était admis à s'opposer victorieusement à l'action en revendication du *verus heres*⁽⁸⁴²⁾. C'est cette logique que la jurisprudence du Châtelet appliqua bien plus tard à toute matière mobilière en développant un principe dont la lettre, fixée par BOURJON⁽⁸⁴³⁾, fut finalement consacrée à l'article 2279 du Code civil (art. 2276 nouv.), et c'est celle-là encore que la Cour de cassation diffusa au-delà, en matière

(841) V. jurispr. préc., *supra*, *eod. num.*, note 836. Le système n'est d'ailleurs pas à l'abri de la critique. Outre le flou évident dont se drape le critère pris des « *conséquences manifestement excessives* », en pleine contradiction avec le principe de sécurité juridique invoqué par les mêmes arrêts, on peut s'étonner que le juge s'attribue ainsi le pouvoir de prêter un effet normatif à la règle dont il constate pourtant la nullité, c'est-à-dire, en définitive, d'édicter une règle, rétroactive et illégale de surcroît. Son opportunité même est sujette à caution, car, si cette non-rétroactivité de l'annulation permet bien de préserver les attentes légitimes de ceux qui se seront fondés sur l'état apparent du droit, elle a aussi pour conséquence d'opposer une règle ou une décision illégale à ceux-là même à qui elle ferait grief. V. ainsi CE, 7 mai 2003, *Préfet Massoni*, n° 231964, qui, en vertu du principe d'après lequel « *un fonctionnaire irrégulièrement nommé aux fonctions qu'il occupe doit être regardé comme légalement investi de ces fonctions tant que sa nomination n'a pas été annulée* », décide que l'arrêté d'expulsion illégal pour avoir été signé sur délégation d'un préfet à la retraite n'en est pas moins opposable à son destinataire.

Il est à craindre que, réunies sous la même qualification de *fonctionnaires de fait*, l'hypothèse du fonctionnaire apparent ait en réalité souffert du voisinage confondant de celle du collaborateur bénévole parant en urgence à la défaillance de l'autorité publique. Sur cette assimilation, v. orig. G. JÈZE, « Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait », *RDP* 1914, pp. 48-144, puis E. JOUVE, « Recherches sur la notion d'apparence en droit administratif français », *RDP* 1968, pp. 283-333. Car, s'il y a bien quelque raison à valider les actes de puissance publique réalisés par intérim au cas de carence de l'Administration, par une forme de suppléance de fait pour état de nécessité, on voit mal, sauf la spécieuse attraction d'une qualification commune, ce qui pousse à procéder de même lorsque la fonction a été usurpée alors que rien n'y autorisait.

Quitte à prétendre fonder cette solution sur l'apparence, il aurait été préférable d'y appliquer la théorie telle qu'elle s'exprime ailleurs : l'acte réglementaire ou la décision individuelle entaché d'illégalité aurait été, en toute hypothèse, rétroactivement anéanti, les justiciables ayant constitué des droits ou des obligations sur son fondement demeurant néanmoins recevables à exciper de leur croyance légitime en la légalité de l'acte ou de la décision rapportée sans se trouver pour autant empêchés de se prévaloir de l'annulation prononcée. Cette croyance étant par ailleurs présumée à l'égard des actes pris par l'Administration, lesquels sont dotés d'une présomption de légalité (R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15^e éd., Montchrestien, 2001, t. I, n° 1351, p. 1171), il aurait alors suffi à l'une des parties concernées de soulever ce moyen par exception pour s'opposer efficacement à toute action en contestation de son droit. La seule attribution de cette option condamnerait ainsi à l'échec la plupart de ces actions et circonscrirait par prévention le flot tant craint des recours. Ce système, affranchi de toute autre condition laissée à l'appréciation circonstancielle du juge, préserverait au moins aussi bien la sécurité juridique des justiciables en même temps que l'état objectif du droit.

Quant aux hypothèses, tout à fait exceptionnelles celles-ci, dans lesquelles la nullité risquerait de provoquer, par le nombre de recours qu'elle appellerait, l'insolvabilité d'un établissement public débiteur de prestations sociales – ce qui n'était tout au plus le cas que dans l'arrêt précité du 11 mai 2004 (*supra*, note 836) – on préférera penser que la collectivité aurait une vocation plus légitime à prendre en charge ce passif exceptionnel plutôt de le passer par pertes et profits sur le compte des allocataires privés de leurs droits. En reconnaissant la rétroactivité de l'annulation du règlement illégal, le Conseil d'État forcerait simplement le Gouvernement à prendre les mesures nécessaires à la continuation du service public. Seules en définitive les annulations susceptibles de provoquer une rupture grave et irréparable dans le service public devraient pouvoir être bornées à l'avenir par le juge. Or, pour l'heure, ce cas de figure ne s'est jamais présenté. Même dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt rendu le 19 décembre 2008 par le Conseil d'État (préc., *ibid.*), il n'est pas sûr que, faute de grief, les procédures déjà instruites eussent dû être affectées par l'annulation de la liste des pôles d'instruction.

(842) V. Dig., V, III, 25, § 17. Sur l'apparition de cette règle, v. P. F. GIRARD, *op. cit.* (*supra*, note 150), p. 961, spéc. note 2 ; R. MONIER, *op. cit.* (*supra*, note 714), t. I, n° 971, p. 517.

(843) F. BOURJON, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris*, 2^e éd., Grangé & Cellot, Paris, 1770, t. II, liv. VI, tit. VIII, chap. III, sect. IV, art. XVIII, p. 695.

immobilière, dans les cas où la consultation du registre des publications ne permettait pas de découvrir le vice⁽⁸⁴⁴⁾, et en matière personnelle, pour laquelle cette consultation ne s'impose pas⁽⁸⁴⁵⁾. Sur le même fonds, la jurisprudence édifia la théorie du mandat apparent⁽⁸⁴⁶⁾ afin, non plus seulement de pallier l'impossibilité de l'objet contractuel exprimé par l'offre, mais d'outrepasser même l'absence de toute proposition, en sorte que, dans cet emploi, l'apparence ne remédiait déjà plus tant à la nullité de la convention qu'à son inexistence même⁽⁸⁴⁷⁾. Il était dès lors naturel, par réduction analogique, d'en admettre l'application en l'absence de tout lien de représentation⁽⁸⁴⁸⁾.

Le développement de la théorie apparaît ainsi intimement lié à l'expansion économique : alors que la société agraire et immobilière de l'Ancien Régime se transformait en une société d'échanges et de services, il devenait nécessaire de privilégier la sécurité de ce commerce dématérialisé sur celle qui s'était toujours attachée à la seule préservation des droits acquis⁽⁸⁴⁹⁾. Ce en quoi on a pu y voir le triomphe de la sécurité dynamique sur la sécurité statique⁽⁸⁵⁰⁾. Il n'est d'ailleurs pas excessif de penser que ce nouvel instrument

(844) V. ainsi, à l'égard des créanciers hypothécaires : Req., 20 juill. 1910, *DP* 1910, I, p. 392 ; 12 févr. 1941, *S.* 1941, I, p. 68 ; et surtout Civ., 1^{re} sect., 3 avril 1963, *Bull.*, I, n° 204 ; *S.* 1964, p. 1 ; *D.* 1964, p. 306, note J. Calais-Auloy ; *JCP* 1964, II, 13502, note J. Mazeaud ; *RTD civ.* 1964, p. 346, obs. J.-D. Bredin. Pour le rapprochement de cette solution avec celle posée à l'article 2276 du Code civil (art. 2279 anc.), v. J. MAZEAUD, note préc. ; et J.-L. SOURIOUX, « La croyance légitime », *JCP* 1982, I, 3058, n° 85 : « Pour nous, la situation n'est pas seulement voisine ; elle est tout à fait identique [...] la croyance légitime vaut titre. »

(845) Par ex. en faveur des locataires. V. en ce sens Civ., 1^{re} sect., 2 nov. 1959, *Bull.*, I, n° 448 (*S.* 1960, p. 65 ; *JCP* 1960, II, 11456, note P. Esmein ; *RTD civ.* 1960, p. 327, obs. J. Carbonnier) : « le bail consenti par une personne, autre que le véritable propriétaire, n'en est pas moins valable et opposable à celui-ci, dès lors que le preneur a conclu ce bail de bonne foi, et sous l'empire de l'erreur commune » ; 3^e civ., 21 janv. 1981, *Bull.*, III, n° 17 (*D.* 1983, p. 36, note P. Diener), pour le bail rural consenti par un propriétaire apparent en réalité usufruitier : « le bail consenti par le propriétaire apparent de la chose louée est opposable au véritable propriétaire, lorsque le locataire a traité de bonne foi, sous l'empire de l'erreur commune ». V. égal. pour l'autorisation d'enfouissement accordée par un voisin s'étant présenté comme propriétaire apparent du fonds concerné : Civ., 1^{re} sect., 11 avril 1962, *Bull.*, I, n° 213.

(846) C'est par l'éviction de la condition de faute du mandant qu'apparut cette autre application de la théorie de l'apparence : v. *supra*, n° 173.

(847) V. en ce sens 1^{re} civ., 2 juin 1993, n° 91-19296, qui pose en principe « que les règles du mandat apparent concernent l'existence du mandat et non sa validité ».

(848) Au cas, par exemple, d'immixtion d'une société dans l'activité d'une autre, lorsque cette première paraît proposer le contrat pour son propre compte : v. jurispr. préc., *supra*, note 253. Ou au cas encore, pour autre exemple, de l'ignorance par l'acceptant d'une clause modifiant la teneur de l'offre : v. déc. préc., *supra*, note 815. Rapp. égal. Com., 13 nov. 1978, *Bull.*, IV, n° 258, d'où il s'infère que la commercialité apparente d'un cocontractant permet au *credens* de se prévaloir du régime de l'acte mixte, et de l'attirer par conséquent devant le juge commercial. Sur ce rapport logique, v. Ch. LARROUMET, *op. cit.* (*supra*, note 380), n° 231, p. 205 : « À partir du moment où la théorie de l'apparence peut légitimer un mandat qui n'existe pas, il n'y a pas de raison de ne point l'admettre dans d'autres hypothèses, il est vrai exceptionnelles, de la foi accordée au consentement apparent ».

(849) S'en tenir en effet à la rigueur de la règle formulée par des adages tels que *Nemo dat quod non habet* ou *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*, c'eût été soumettre à la menace d'un anéantissement en chaîne une suite contractuelle qui, au cours d'un délai de prescription resté invarié, était devenue bien plus étendue qu'autrefois, et porter d'autant plus atteinte, par conséquent, au crédit indispensable à tout commerce. Si bien que, au bout du raisonnement, la règle nouvelle œuvre aussi dans l'intérêt des véritables titulaires qui, sans elle, ne traiteraient qu'avec des cocontractants méfiants, plus rares et moins prompts à s'engager, et donc, finalement, à moindre prix. Instrument de confiance économique, la théorie de l'apparence est par là-même créatrice de valeur. Sur cette communion d'intérêts, v. L. LEVENEUR, *op. cit.* (*supra*, note 470), n° 113, pp. 129-130, et n° 127, p. 149.

(850) V. not. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, préc. (*supra*, note 449), pp. 71-87. V. encore J.-L. SOURIOUX, art. préc. (*supra*, note 844), n° 92 : « Là où est favorisée la circulation des biens, là prédomine la croyance légitime » ; F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12^e éd., t. I, Dalloz, (suite p. suiv.)

juridique a lui-même participé, en retour, au progrès économique, s'offrant comme une prime à l'initiative et à la circulation des biens⁽⁸⁵¹⁾.

Cette explication n'est pas étrangère à l'idée communément admise selon laquelle l'apparence ne bénéficierait qu'au contractant à titre onéreux, à l'exclusion donc de celui qui aura cru accepter un avantage purement gratuit⁽⁸⁵²⁾. S'il est bien défendu l'idée que le droit refuserait de prendre alors parti pour celui qui ne perd qu'un gain (*certat de lucro captando*) contre celui qui lutte pour éviter une perte (*certat de damno vitando*), on observe aussi que, dans ce cas de figure, les biens circulent sans contrepartie, et donc sans création de valeur, de sorte que la raison économique de l'exception de croyance légitime ne s'y retrouve pas. Ainsi se justifierait que, nonobstant son ignorance légitime, le gratifié subisse toujours la réalité juridique, comme on le soumet à l'intention frauduleuse de son cocontractant⁽⁸⁵³⁾ ou, plus généralement, à l'impossibilité ou l'illicéité des motifs impulsifs et déterminants du consentement de celui-ci⁽⁸⁵⁴⁾. Pour autant, les auteurs⁽⁸⁵⁵⁾, comme les juges⁽⁸⁵⁶⁾, restent partagés, rendant la solution incertaine.

2007, n° 103, § 4, p. 624 : « L'intérêt du commerce [...] doit l'emporter sur la protection des situations acquises. » ; G. TREITEL, *op. cit.* (*supra*, note 87), p. 1. POTHIER lui-même justifiait déjà ainsi la maxime *Error communis facit jus* : « Lorsque le public à un juste sujet de croire qu'une personne a un état, que dans la vérité elle n'a pas, l'intérêt du commerce de la société civile exige que cette personne puisse faire valablement les mêmes actes qu'elle ferait si elle avait véritablement cet état, autrement l'erreur dans laquelle est le public sur l'état de cette personne, troublerait le commerce, et serait préjudiciable à toutes les personnes qui auraient affaire à elle » (*Traité de la puissance du mari*, Debure, Paris, 1772, in *Œuvres de Pothier*, par Bugnet, éd. Cosse & Delamotte, t. VII, 1846, n° 28, p. 12).

(851) On note à cet égard que la théorie de l'apparence règle la formation du contrat dans la plupart des pays. V. not. *Smith vs. Hughes*, 1871, pour les pays de *common law* ; NBW, art. 3:35, pour les Pays-Bas ; PDEC, art. 2:102, *in fine*, et PCC, art. 2:202 (2), pour le droit européen. *Adde* les diverses références citées en notes, in *Principes du droit européen du contrat*, SLC, 2003, par G. Rouhette, pp. 105-106. Sur ce constat, v. déjà J. DARGENT, *Une théorie originale du droit anglais en matière de preuve : la doctrine de l'estoppel*, th. Grenoble, 1943, p. 535 ; R. PATRY, *Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse*, th. Genève, 1953 ; F. MOSCONI, « La doctrina dell estoppel in diritto internazionale », *Diritto internazionale* 1962, pp. 388-415, spéc. pp. 395-398 ; A. MARTIN, *L'estoppel en droit international public*, th. Genève, 1978, A. Pedone, 1979, p. 237 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *L'apparence en droit international privé*, th. Paris I, 1982, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 178, 1984, nos 551 à 559, pp. 366-373.

(852) V. par ex. J.-Ch. LAURENT, *L'apparence dans le problème des qualifications juridiques*, th. Caen, 1931, n° 105, p. 267 : « Nos recherches nous ont amené à formuler la règle que voici : un tiers ne peut invoquer la théorie de l'Apparence que s'il a traité à titre onéreux avec le titulaire apparent ; un tiers ayant traité à titre gratuit est ordinairement exclu du bénéfice exceptionnel que constitue l'efficacité de l'apparence. »

(853) L'action paulienne introduite contre un acte à titre gratuit échapperait en effet à la condition de collusion, l'intention frauduleuse n'étant alors exigée que chez le disposant (d'après ULPEN, in *Dig.*, XLII, VIII, 6, § 11). V. en ce sens 1^{re} civ., 19 avril 1967, *Bull.*, I, n° 134. V. égal. l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, art. 1167, al. 1^{er}.

(854) Selon l'analyse classique, la cause objective des libéralités réside dans l'intention libérale de leurs auteurs, en sorte que leurs bénéficiaires accepteraient nécessairement de s'en remettre aux raisons qui ont motivé cette intention chez le gratifiant. Si ces motifs se trouvent être erronés, impossibles ou illicites, l'acte s'en trouverait alors nul pour absence de cause, cause impossible ou cause illicite. Dès lors, l'intention du pollicitant prévalant toujours en cette circonstance, on ne peut plus, sans incohérence, octroyer encore le bénéfice de croyance légitime à l'acceptant.

(855) Excluant ainsi la théorie de l'apparence pour les actes à titre gratuit : L. CRÉMIEU, « De la validité des actes accomplis par l'héritier apparent », *RTD civ.* 1910, pp. 39-82, spéc. p. 68 ; J.-P. ARRIGHI, *Apparence et réalité en droit privé*, th. Nice, 1974, n° 164, p. 397 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les biens*, 3^e éd., par P. Jourdain, Dalloz, 1995, n° 45, p. 56 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 2, *Biens*, 8^e éd., par F. Chabas et F. Gianviti, Montchrestien, 1994, p. 1405, p. 181 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Les successions*, 3^e éd., A. Colin, 1991, n° 240, p. 154 ; F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Les biens*, 7^e éd., Dalloz, 2006, n° 70, c. p. 80 ; F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *loc. cit.* (*supra*, note 850), § 6, p. 625 ; J. GHESTIN et

(suite p. suiv.)

230. La légitimité de la croyance – L'acceptant qui voudrait se prévaloir de sa conviction contre l'intention véritable du pollicitant ne doit pas seulement être de bonne foi, il doit encore établir la légitimité de cette foi accordée à la proposition. La bonne foi n'exclurait que la faute intentionnelle, c'est-à-dire l'absence même de toute erreur ; or il s'agit bien d'exclure toute faute, même de négligence⁽⁸⁵⁷⁾. L'erreur de l'acceptant, en somme, doit avoir été excusable⁽⁸⁵⁸⁾.

Jusqu'alors assez mal disposé à l'égard des plus crédules⁽⁸⁵⁹⁾, le droit s'en est longtemps tenu, pour apprécier cette légitimité, à l'erreur commune, ou commune renommée. C'est le sens de l'adage *Error communis facit jus*⁽⁸⁶⁰⁾ : n'était recevable à se prévaloir de sa méprise que celui qui démontrait que cette croyance était aussi celle de la plupart, ou que la plupart l'aurait subie à sa place⁽⁸⁶¹⁾. Le critère s'étend aujourd'hui à toute apparence, laquelle peut

G. GOUBEAUX, *Introduction générale*, 4^e éd., avec M. Fabre-Magnan, LGDJ, 1994, n° 868, p. 860 ; Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. II, *Les biens – Droits réels principaux*, 5^e éd., Economica, 2006, n° 304, p. 184 ; M. GRIMALDI, *Successions*, 6^e éd., Litec, 2001, n° 527, 3^o, b, p. 519 ; L. LEVENEUR, th. préc. (*supra*, note 470), n° 110, p. 127 ; A. RABAGNY, *Théorie générale de l'apparence en droit privé*, th. Paris I, 2002, n° 1896, p. 1037. *Contra* : A. WEILL, *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, th. Strasbourg, 1938, nos 292 et 306 ; J.-L. SOURIOUX, art. préc. (*supra*, note 844), n° 94 ; A. DANIS-FATÔME, *op. cit.* (*supra*, note 835), n° 738, p. 433. Rapp. égal. L.-A. VINCENT, « La théorie de l'apparence », *Trav. et conf. ULB*, t. V, 1957, *Études en hommage à René Marçq*, Larcier, 1957, pp. 156-174, n° 8, p. 160, qui exploite cette solution pour critiquer l'ensemble de la théorie.

(856) Deux décisions, en tout et pour tout, ont paru vouloir réserver le bénéfice de l'apparence au contractant à titre onéreux : Req., 10 avril 1888, *DP* 1889, I, p. 278 ; et Com., 11 mai 1960, *Bull.*, III, n° 175. Mais, intervenant toutes deux au sujet de contrats synallagmatiques, aucune ne l'a effectivement écarté. Quant à la jurisprudence relative à la prescription abrégée de l'article 2272, alinéa 2 (art. 2265 anc.), elle est au mieux ambiguë : v. ainsi 1^{re} civ., 7 déc. 1976, *Bull.*, I, n° 388 ; et 24 nov. 1982, *Bull.*, I, n° 340.

Au contraire, on observe que la jurisprudence applique indifféremment l'article 2276 du Code civil (art. 2279 anc.) à tout transfert de propriété, qu'il soit à titre onéreux ou gratuit, conformément à une disposition qui n'opère aucune distinction. V. par ex. 1^{re} civ., 19 oct. 1983, *Bull.*, I, n° 241 ; 30 mars 1999, *Bull.*, I, n° 112 ; *RTD civ.* 1999, p. 677, obs. Patarin ; *D.* 2000, SC, p. 457, obs. D. Martin ; *JCP* 2000, I, 278, n° 7, obs. R. Le Guidec, et II, 10274, note P. Cagnoli. *Adde* 1^{re} civ., 4 avril 1984, *Bull.*, I, n° 130, implicitement. Rapp. égal., pour la constitution d'hypothèque, jurispr. préc., *supra*, note 844.

(857) Écartant ainsi le jeu de l'apparence malgré la bonne foi de l'intéressé, faute de légitimité de sa croyance : Civ., 1^{re} sect., 1957, *Bull.*, I, n° 319 ; 3^e civ., 19 févr. 1974, *Bull.*, III, n° 83 ; 29 janv. 1992, pourvoi n° 90-16629 ; *Defrénois* 1992, p. 829, obs. G. Vermelle. V. déjà en ce sens P. VOIRIN, note sous CA Bordeaux, 10 déc. 1928, *DP* 1929, II, p. 81 : « La théorie de l'apparence n'est pas une planche de salut à l'usage des négligents et des étourdis, mais une protection réservée aux victimes d'une croyance légitime. »

(858) S'agissant néanmoins de tendre à la formation du contrat plutôt qu'à son anéantissement, on préférera parler ici de *croyance légitime*, et réserver l'*erreur excusable* à l'action en nullité pour vice du consentement. On qualifiera donc son auteur de *credens* plutôt que d'*errans*.

(859) *Jura vigilantibus...* s'affiche au front de nombreuses maximes de droit romain et d'Ancien droit. On enseigne même encore parfois, par révérence gardée à la tradition, que le droit ne protégerait pas les sots, en dépit pourtant d'un droit positif qui s'est manifestement attaché à assumer désormais cette protection.

(860) Lequel aurait été originairement formulé par ACCURSE dans sa *Grande Glose*. Sur cet adage, v. not. H. MAZEAUD, « La maxime "Error communis facit jus" », *RTD civ.* 1924, pp. 929-964.

(861) Parfois traduite sous le terme d'*erreur invincible*, l'exigence de commune renommée ne paraît avoir jamais rien signifié de plus : il est parfaitement douteux, en particulier, que le *credens* ait pu être empêché de se prévaloir de son erreur au prétexte qu'un examen anormalement approfondi lui aurait permis de la déceler, ce que postule pourtant l'idée d'invincibilité. Une telle restriction apportée au domaine de la théorie se serait élevée en pleine contradiction avec son but même, s'agissant d'instaurer les conditions d'une confiance nécessaire au développement des échanges et du commerce (v. *supra*, n° 229, *in fine*). Même en matière réelle, et notamment immobilière, à laquelle se borne l'expression, la jurisprudence s'en est toujours tenue au caractère commun de l'erreur, se contentant même à l'occasion de sa simple légitimité. V. en ce sens 3^e civ., 28 mai 1986, pourvoi n° 84-17588, inédit (cité par P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, th. Paris II, éd. Panthéon-Assas / LGDJ, 1999, n° 267, p. 230, note 521), qui aurait censuré une cour d'appel au visa de
(suite p. suiv.)

être générale – c'est l'erreur commune – aussi bien que particulière, lors même qu'elle ne se serait donc imposée qu'au seul contractant⁽⁸⁶²⁾. Surtout, il n'intervient plus qu'à titre présomptif, n'interdisant pas à la victime d'établir que son erreur, pour lui être strictement personnelle et avoir été commise en dépit même des apparences, n'en était pas moins légitime eu égard aux circonstances et aux facultés qui étaient les siennes⁽⁸⁶³⁾. La théorie de l'apparence n'apparaît en cela que comme la traduction objectivée du principe, d'appréciation essentiellement subjective, de croyance légitime. Faute de bénéficier d'une telle apparence, l'intéressé devra donc démontrer, non seulement l'existence de sa croyance, mais encore son caractère malgré tout légitime.

On peut envisager pour illustration l'hypothèse des annonces de gains fictifs effectuées à fins commerciales⁽⁸⁶⁴⁾. Si l'on admet pour présupposé que la théorie de l'apparence puisse également bénéficier à l'acceptant d'un contrat à titre gratuit⁽⁸⁶⁵⁾, et que l'on écarte par ailleurs l'exigence de forme notariée imposée aux donations par l'article 931 du Code civil⁽⁸⁶⁶⁾, il devient en effet possible de sanctionner la formation d'un rapport contractuel sur le fondement de la croyance entretenue par le destinataire à l'égard ce qui lui est apparu comme une offre de gain soumise à son acceptation⁽⁸⁶⁷⁾. Ce point admis, les annonceurs

« l'article 1583 du Code civil, ensemble les principes régissant l'apparence des actes juridiques » pour avoir débouté un acquéreur *a non domino* « sans avoir recherché dans les circonstances de la cause s'il pouvait avoir eu la croyance légitime qu'il acquerrait l'immeuble du véritable propriétaire ».

(862) On voit mal en effet ce qui justifierait de circonscrire cette évolution au seul mandat apparent, ainsi qu'on le lit parfois : il n'est pas moins nécessaire de garantir la sécurité des transactions lorsqu'elles s'effectuent directement que lorsqu'elles impliquent un intermédiaire. Et le point vaut autant pour les actes translatifs de droits réels que pour les actes constitutifs de droit personnels. Pour l'application générale du critère pris de la croyance légitime, par substitution à l'erreur commune, v. ainsi J. CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, th. Montpellier, 1959, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 17, 1961, n^{os} 14 à 27, pp. 26-36 ; J.-P. ARRIGHI, *op. cit.* (*supra*, note 855), n^{os} 219 et 227 ; J.-L. SOURIOUX, art. préc. (*supra*, note 844), not. n^o 122 ; P. VAN OMMELAGHE, « L'apparence comme source autonome d'obligations et le droit belge », *RDIDC* 1983, pp. 144-160, spéc. p. 157 ; P. MORVAN, *op. cit.* (*supra*, note préc.), n^o 267, p. 230. V. du reste 1^{re} civ., 18 nov. 1997, *Bull.*, I, n^o 316, qui reproche à la cour d'appel de n'avoir pas recherché si la consultation du registre par les cessionnaires « ne constituait pas une vérification suffisante de nature à justifier leur croyance légitime quant à la validité des droits cédés ». V. égal. 3^e civ., 28 mai 1986, préc. (*supra*, note préc.).

(863) V. par ex. 1^{re} civ., 29 avril 1969, *Bull.*, I, n^o 154, qui relève que le prêteur « qui exploite un cabinet d'affaires, est particulièrement bien placé pour connaître parfaitement » les usages du commerce, de sorte que la cour d'appel était fondée à juger qu'il n'avait pas pu légitimement croire en l'existence du pouvoir de son cocontractant ; 3^e civ., 27 nov. 1969, *Bull.*, III, n^o 771, qui note à l'inverse que l'intéressé « était un acquéreur non averti et dont on ne pouvait raisonnablement exiger qu'il prit la précaution préalable de vérifier les pouvoirs du mandataire avec lequel il traitait ». En ce sens, v. égal. A. DANIS-FATÔME, *op. cit.* (*supra*, note 835), n^{os} 920 à 925, pp. 562-565.

(864) Procédé généralement désigné comme loteries publicitaires, mais qui s'en distingue pourtant assez nettement dans l'hypothèse, fréquente en pratique, où aucun tirage véritable n'aura été effectivement organisé. Le but n'est d'ailleurs pas tant publicitaire que proprement commercial, s'agissant moins de faire connaître l'entreprise que d'obtenir une somme de contreparties pécuniaires qui, pour être chacune dérisoire au regard de la valeur du lot promis, en deviennent fort lucratives en l'absence de tout gain.

(865) Sur quoi, v. *supra*, n^o 229, *in fine*.

(866) Ne serait-ce que parce que l'intention proprement libérale d'un professionnel agissant à fin commerciale peut souffrir de discussion.

(867) V. en ce sens 2^e civ., 11 févr. 1998, *Bull.*, II, n^o 55 (*JCP* 1998, II, 10156, note G. Garducci ; *Defrénois* 1998, art. 36860, n^o 108, p. 1044, obs. D. Mazeaud ; *D.* 1999, SC, p. 109, obs. R. Libchaber), qui décide que la cour d'appel « a pu déduire que, du fait de la rencontre des volontés, la société était tenue par son engagement, accepté par [la cliente], à payer à cette dernière la somme promise de 250 000 francs ». *Adde* CJCE, 20 janv. 2005, aff. C-27/02, *Petra Engler c. Janus Versand GmbH, Rec.*, p. 481, qui estime que le contentieux né de la réponse donnée à un tel courrier est de nature contractuelle au sens de l'article 5, § 1, de la Convention de Bruxelles

(suite p. suiv.)

auront toutefois beau jeu de démontrer que, si une telle pratique a pu induire en erreur à ses premières heures, nul n'est plus légitime à s'y laisser prendre encore aujourd'hui, à présent que le procédé est devenu aussi répandu que dénoncé. De sorte que le prétendu pollicitant renverserait sans mal une double présomption : celle par laquelle sa volonté réelle serait réputée conforme à la volonté déclarée⁽⁸⁶⁸⁾, et celle, consécutive, dont on tirerait que le destinataire s'en serait tenu à cette apparence. Le juge saura qu'il n'aura pas été dans l'intention véritable du déclarant d'attribuer un gain au client, et celui-ci aurait dû le savoir à son tour. Si bien qu'il écherra en définitive au destinataire d'arguer d'une particulière crédulité ou de circonstances exceptionnelles pour l'emporter néanmoins et forcer ainsi à l'exécution de l'engagement. Cette difficulté probatoire peut expliquer que la Cour de cassation ait finalement délaissé le terrain contractuel pour envahir celui, pourtant assez marécageux, du quasi-contrat⁽⁸⁶⁹⁾.

L'existence d'un système de publicité légale ne modifie d'ailleurs pas l'analyse : la publication du titre exonère seulement de l'obligation d'établir l'apparence, celle-ci résultant de l'inscription du droit⁽⁸⁷⁰⁾, et rend plus difficile la preuve de la légitimité de toute croyance contraire, sans l'empêcher pour autant⁽⁸⁷¹⁾. À l'inverse, l'absence d'inscription d'un

du 27 septembre 1968 (v. sur la question B. DUTOIT, « Le consommateur face aux promesses de gain non tenues : quel tribunal est compétent ? », in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux – Mélanges en l'honneur d'Yves Serra*, Dalloz, 2006, pp. 145-157). Pour l'application de la théorie de l'apparence à cette hypothèse, v. not. A. DANIS-FATÔME, *op. cit.* (*supra*, note 835), nos 789 à 795, pp. 472-477.

(868) Car, à force de subtilité rhétorique, le document ne laisse pas toujours voir en soi, même pour un lecteur averti, que le gain n'est pas encore acquis. Sur ce premier renversement, v. *supra*, n° 118, spéc. note 64.

(869) Depuis Ch. mixte, 6 sept. 2002, préc. (*supra*, note 64), qui a jugé au visa de l'article 1371 du Code civil que, en l'absence même de toute acceptation du bénéficiaire, « l'organisateur d'une loterie qui annonce un gain à une personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa s'oblige, par ce fait purement volontaire, à le délivrer ». On se défendra pourtant mal de l'idée que l'article 1371 ne fonde en rien cette solution, se contentant d'énoncer, pour introduire aux dispositions qui le suivent, que « Les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers ». Il reste donc à expliquer pourquoi la seule annonce d'un gain suffit à engager son auteur, alors qu'il est établi que celui-ci ne l'a pas réellement voulu. Car, s'il n'y a pas d'offre de contrat, il y a moins encore d'engagement par volonté unilatérale : aucune acceptation ne participant à sa formation, celui-ci ne laisse en effet aucune prise à la croyance légitime de son destinataire. Il suffit d'observer à cet égard que l'Allemagne, terre d'élection de l'engagement par volonté unilatérale, a dû introduire une disposition *ad hoc* dans son code civil pour sanctionner ces comportements : v. ainsi BGB, § 661 a, d'après lequel « Un entrepreneur qui envoie des promesses de gain ou des informations semblables à des consommateurs et éveille, par la présentation de ces envois, l'impression que le consommateur a gagné un prix est tenu de le lui remettre ». Il s'agirait donc de s'interroger sur l'opportunité d'introduire en France une sanction rejetée par la théorie générale et dont l'extrémité n'apparaît rien moins qu'ubuesque. Car de deux choses l'une en effet : soit l'annonce a effectivement trompé son destinataire, qui aura légitimement cru accepter une offre de gain, et celui-ci pourra se prévaloir de sa croyance pour en obtenir l'attribution sur le fondement contractuel, soit, comme le plus souvent, le prospect n'aura pas été dupe, ne subissant par conséquent aucun préjudice, et l'on ne voit pas quel intérêt pourrait alors justifier de condamner nonobstant le déclarant. Que l'on s'en tienne donc à ce simple constat : les vendeurs par correspondance qui trouveraient encore utile d'user de cette méthode commerciale ne feront que s'emparer d'un moyen dont le seul effet sera de leur infliger à l'occasion des pertes exceptionnelles. Est-il donc bien utile de travestir le droit des obligations, ou d'en appeler à nouveau au législateur, pour sanctionner une pratique que la raison juridique et économique condamne d'ores et déjà ?

(870) V. par ex. 1^{re} civ., 18 nov. 1997, préc. (*supra*, note 862).

(871) Il est ainsi proposé d'excuser l'absence de consultation des registres dans tous les cas d'urgence, de relations de confiance, voire d'usage contraire, notamment pour tout intérêt de faible valeur. V. en ce sens J.-L. SOURIOUX, art. préc. (*supra*, note 844), nos 28 à 44, qui évoque à ce titre un « empêchement psychologique de vérifier » ; A. DANIS-FATÔME, *op. cit.* (*supra*, note 835), n° 679, p. 409, et n° 765, p. 448. Et, de fait, il faut bien

(suite p. suiv.)

droit soumis à publicité rend à elle seule son ignorance légitime, obligeant le titulaire à démontrer que l'intéressé en connaissait néanmoins l'existence⁽⁸⁷²⁾. Intervenant *ad opposabilitatem*, la publicité, en droit français, assure ainsi une fonction purement présomptive⁽⁸⁷³⁾.

231. Le régime de l'exception – Au contraire de la règle de droit, les actes juridiques qui ne produisent pas d'effets réglementaires demeurent inopposables aux tiers⁽⁸⁷⁴⁾. Tant que l'acte contesté n'a fait l'objet d'aucune publicité, il n'est donc pas besoin d'établir l'ignorance dans laquelle on se trouvait de son existence⁽⁸⁷⁵⁾. Mais qu'il soit acquis que l'acte ait été connu de l'intéressé, ainsi qu'il en irait ici d'une offre reçue par son destinataire, et celui-ci ne jouira plus d'aucune présomption : l'exception de croyance légitime exigera alors pour valoir d'apporter la preuve de son erreur et de la légitimité de celle-ci⁽⁸⁷⁶⁾. En dehors donc du cas dans lequel le *credens* arguerait de l'ignorance d'un acte non publié auquel il est étranger, il lui appartiendra toujours d'établir l'apparence qu'il invoque⁽⁸⁷⁷⁾. À défaut de pouvoir mettre en évidence l'existence d'une apparence objective, il pourra encore démontrer qu'il a eu quelques raisons, eu égard aux circonstances ou à l'état qui était le sien,

admettre de dispenser les cocontractants de cette consultation pour entériner l'idée de mariage apparent en l'absence même de toute publication sur les registres de l'état civil (v. *supra*, n° 170, spéc. note 470).

(872) V. par ex. 3^e civ., 28 mai 1979, *Bull.*, III, n° 116, qui, sur cette preuve, permet au premier acquéreur de s'opposer à l'effet de la publication d'une acquisition ultérieurement réalisée sur le même bien auprès du même vendeur ; 26 nov. 2003, pourvoi n° 02-15492, qui reproche à la cour d'appel de n'avoir pas recherché, ainsi qu'il lui était demandé, si les créanciers n'avaient pas eu connaissance de la cession de l'immeuble par leur débiteur avant de procéder à l'inscription de leur hypothèque. Rapp. égal. Com., 9 mai 1990, *Bull.*, IV, n° 141, qui juge que le créancier privé du pouvoir d'exercer son privilège envers le détenteur du bien nanti faute de publication de son droit reste néanmoins recevable à se prévaloir de la conscience qu'avait ce dernier de ne détenir le bien qu'à titre précaire.

(873) Seule une publicité constitutive de droit, comme l'organise le livre foncier allemand, pourrait mettre un obstacle véritable au jeu de la croyance légitime, pour cette raison qu'il ne serait alors pas d'autres droits que publiés. Pour que l'ignorance puisse encore produire quelque effet en cette hypothèse, il faudrait qu'elle porte non pas seulement sur l'attribution du droit subjectif mais sur l'état même du droit objectif, pour le cas où l'intéressé aurait méconnu la nature constitutive de la publicité, voire l'existence d'un système de publicité.

(874) Ils sont inopposables, d'abord, dans leur existence, que les tiers ne sont pas censés connaître. Mais ils le restent encore, une fois cette connaissance établie, dans leurs effets, qui n'obligent que ceux qui y sont parties. C'est à ce double titre que sévit le principe dit de l'effet relatif des conventions. On fera d'ailleurs remarquer que, plus que le critère substantiel pris du caractère réglementaire de l'acte, c'est le critère formel tiré de sa publication qui conditionne véritablement son opposabilité, et qui permet ainsi de se prévaloir contre les tiers d'un droit publié d'origine purement contractuel, ou qui, à l'inverse, empêche le règlement de s'imposer avant le jour de sa publication.

(875) V. les décisions préc., *supra*, note 360.

(876) Il ne suffit donc pas d'exciper de l'article 2274 du Code civil pour s'exonérer de la charge de cette preuve, car il ne s'agit pas seulement de prouver sa bonne foi : il faut démontrer l'existence d'une croyance *légitime*, aussi vraie que l'on peut être de bonne foi sans être excusable de s'être laissé tromper. Sur cette distinction, v. par ex. Req., 20 mai 1935, *DP* 1935, I, p. 97 ; *S.* 1935, I, p. 261.

(877) V. ainsi D. DEROUSSIN, « Réalité vécue, réalité juridique et vérité judiciaire à Rome et dans l'ancien droit français – Contribution historique à l'étude de la théorie de l'apparence », *Droits*, n° 37, 2003, pp. 191-201, spéc. p. 197 : « *Conformément au principe* ei incumbit probatio qui dicit, *il appartient à la victime de l'apparence d'établir la preuve de l'erreur commune.* » Pour cette répartition de la charge de la preuve en jurisprudence : Civ., 26 janv. 1897, *S.* 1897, I, p. 313 ; *DP* 1900, I, p. 33, note L. Sarrut ; *Les grands arrêts jur. civ.*, préc. (*supra*, note 286), t. I, 2008, n° 103 ; Civ., 1^{re} sect., 21 mars 1955, *Bull.*, I, n° 130 ; Soc., 21 oct. 1955, *Bull.*, IV, n° 754. Et à propos d'un pouvoir apparent de représentation : Civ., 1^{re} sect., 15 juill. 1959, *Bull.*, I, n° 355 ; 3^e civ., 26 avril 1979, *Gaz. Pal.* 1979, II, p. 393.

de couvrir une telle méprise. L'acceptant devra ainsi établir à ce titre, soit que le sens objectivement pris par la déclaration reçue est à la source du malentendu, soit que des éléments extrinsèques à cette déclaration ont pu le convaincre de lui conférer un sens différent. L'apparence objective, telle qu'une erreur commune, n'intervient elle-même que pour faire présumer la croyance légitime de celui qui s'en prévaut ; de sorte que ce dernier se trouverait encore soumis en ce cas au risque de la preuve apportée par son colitigant de sa connaissance spécifique de la situation véritable, ou de l'obligation qu'il avait, à titre particulier, de la connaître.

Pour autant, que son ignorance fût présumée ou autrement établie, l'acceptant ne se soustraira pas de plein droit au contrat. Le droit postule en effet que chacun consent, sauf son option, à s'en tenir à la réalité juridique, laquelle contient bien l'acte méconnu tel que voulu par son auteur. De sorte qu'y échapper supposera toujours une initiative, même minimale, consistant à invoquer le moyen tiré de son ignorance⁽⁸⁷⁸⁾. Ce en quoi la croyance légitime constitue pour son auteur une exception, en ce sens que celui-ci dispose d'une option entre s'en prévaloir, pour forcer en l'occurrence à la formation du contrat sur le fondement d'une offre apparente, ou s'en tenir à la réalité juridique, soit à l'existence d'une offre différente et donc à l'absence de tout accord⁽⁸⁷⁹⁾. À défaut d'exercice de cette option par l'acceptant, le juge constatera l'état de fait résidant dans l'inexistence du contrat pour malentendu des parties.

Cette logique optionnelle trouve notamment à s'exprimer au cas de simulation, où il est admis, malgré la lettre catégorique de l'article 1321 du Code civil, que les tiers se voient offrir le choix entre conserver le bénéfice de leur ignorance ou se prévaloir de la contre-lettre découverte⁽⁸⁸⁰⁾. À la différence du droit commun de l'apparence, cependant, la preuve de la connaissance par le tiers de l'acte dissimulé ne suffit pas à le lui rendre opposable : il sera toujours considéré comme inexistant aux yeux de celui qui n'y est pas partie, et l'option consistera alors pour ce dernier à se prévaloir cette fois de la réalité, et non de l'apparence, au moyen d'une déclaration de simulation. Cette inversion s'explique assez

(878) Cette condition ne se fait toutefois pleinement voir que lorsque l'intéressé bénéficie de la présomption d'ignorance ; car, dans le cas contraire, son effort probatoire implique nécessairement sa volonté de soulever l'exception de croyance légitime.

(879) Il s'agit donc d'une exception au sens matériel, et non pas procédural. Le *credens* peut faire plus que s'opposer à l'action de son cocontractant : il peut lui-même agir sur le fondement de sa croyance, et obtenir ainsi l'exécution forcée de la convention. En ce sens, l'exception constitue pour son titulaire un droit potestatif de faire prévaloir son intérêt contre l'état objectif du droit.

La solution n'est d'ailleurs pas propre au seul droit français. Rapp. ainsi pour le droit anglais : M. ELLAND-GOLDSMITH, art. préc. (*supra*, note 466), n° 18, p. 102.

(880) Associant la théorie de la simulation à celle de l'apparence, v. par ex. Ch. BUFNOIR, *op. cit.* (*supra*, note 214), LVII^e leçon, p. 774 ; G. MILLIET, *Des effets de la propriété apparente en droit civil*, th. Paris, 1901, p. 76 et s. ; J.-Ch. LAURENT, *L'apparence dans le problème des qualifications juridique*, th. Caen, 1931 ; M. DAGOT, *La simulation en droit privé*, th. Toulouse, 1965, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 73, 1967, n° 132, pp. 130-131 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Obligations – Théorie générale*, préc. (*supra*, note 39), n° 819, p. 930 ; A. DANIS-FATÔME, *op. cit.* (*supra*, note 835), n° 65, pp. 49-50. Rapp. égal. Civ., 25 avril 1939, *JCP* 1939, II, 1270, obs. R. D. ; *DP* 1940, I, p. 12, qui associe dans sa motivation la théorie de l'apparence à l'article 1321. Et pour un examen y imbriquant en outre la théorie de l'inexistence, v. G. TAORMINA, *op. cit.* (*supra*, note 386), n° 244 et s., p. 311 et s., spéc. n°s 261 à 263, pp. 339-342.

bien par le caractère intentionnel de la simulation : la contre-lettre ayant été destinée à rester occulte, il est naturel, non seulement de présumer que les tiers à l'acte ne l'ont pas connue, comme il en va de tout acte non publié, mais encore de s'en tenir à la volonté des parties qui a été de confiner l'expression de leur entente à un rapport strictement confidentiel. Pour autant impuissantes à empêcher les tiers de se prévaloir de la situation véritable, ceux-ci disposeront toujours de la faculté de leur opposer le contenu de l'acte occulte contre celui de l'acte ostensible. Le leur interdire exigerait, non pas seulement de prouver que les tiers concernés ont eu dès l'origine connaissance de la contre-lettre, mais de démontrer même qu'ils ont participé à son élaboration⁽⁸⁸¹⁾. À cette condition, il sera établi que l'intention des simulateurs n'a pas été de dissimuler leur convention à ces intéressés, puisque chacun savait alors à quoi s'en tenir. Tant que les parties à l'acte occulte n'ont rien convenu avec les tiers, elles auront toujours agi à couvert, et ainsi renoncé à laisser voir la réalité de leur rapport. Sur la scène du droit, les actes passés derrière le rideau ne se dévoilent que si on le soulève.

Que l'acte apparent fût simulé ou non, le régime procédural et probatoire de l'exception, joint à l'exigence de légitimité de la croyance, limite ainsi l'emprise de la théorie de l'apparence sur la réalité juridique, et permet de ménager les intérêts du pollicitant ou, ailleurs, du tiers évincé. Dans cette mesure, se trouvent conciliées au plus juste les deux forces statique et dynamique de la sécurité juridique⁽⁸⁸²⁾.

232. La résurrection du contrat – Par l'exercice de son option, le *credens* extraira le contrat de son néant pour lui conférer une existence juridique. L'acceptant surmontera le malentendu, pourtant essentiel, et formera l'accord tel qu'il l'avait compris. Force restera ainsi à l'apparence.

S'il préfère néanmoins s'en tenir à la vérité juridique, la convention demeurera inexistante, mais sous le bénéfice alors de certains accommodements. Par hypothèse en effet, l'acceptation a toujours été donnée dans la croyance erronée de sa conformité, en sorte qu'il s'écoulera toujours un certain délai avant que son auteur ne réalise sa méprise. Au cours de cette période, son acceptation, inefficace à former le contrat, vaudra néanmoins comme contre-proposition⁽⁸⁸³⁾, laquelle permettra ainsi au premier offrant de conclure l'accord aux conditions de son cocontractant alors même que celui-ci ne se départirait jamais de la croyance de l'avoir lui-même conclu.

L'option ne se présentera donc à l'acceptant qu'à la double condition que le malentendu ait été porté à sa connaissance et que son correspondant n'ait pas déjà acquiescé à sa

(881) V. par ex. 1^{re} civ., 17 nov. 1999, *Bull.*, I, n° 311 ; CCC 2000, n° 42, note L. Leveneur ; *Defrénois* 2000, p. 716, obs. Ph. Delebecque.

(882) Pour répondre à la crainte exprimée par P. LESCOT, « Le mandat apparent », *JCP* 1964, I, 1826, n° 18 : « Sous prétexte de protéger la bonne foi qui se présume, on risquerait fort d'encourager la mauvaise foi, qu'il est toujours difficile de démontrer. Pour employer le langage de Demogue, on sacrifierait la sécurité « statique » à la sécurité « dynamique », et il faut au contraire s'efforcer de les concilier. »

(883) Sur cette requalification, v. déjà *supra*, n° 228, *in fine*.

croyance. Dès lors, soit il choisit de soulever l'exception de croyance légitime, et la convention s'en trouvera rétroactivement conclue du jour de son acceptation non conforme, soit il s'en abstient, et son consentement initial demeurera en l'état d'une contre-offre encore susceptible de recevoir l'adhésion de son destinataire. Pour obvier définitivement au risque de formation du contrat, l'acceptant devra donc faire plus que conserver le silence : il devra rétracter spécialement le consentement mal donné ⁽⁸⁸⁴⁾.

Et puisqu'on lui permet ainsi de former l'engagement à ses conditions, il apparaît difficile de lui octroyer encore, même à titre alternatif, une action en responsabilité contre le pollicitant, quelle que fût la faute, intentionnelle ou non, de ce dernier dans l'apparence trompeuse qu'aura prise sa déclaration. On conçoit mal en effet que celui qui a sciemment provoqué la réalisation de son préjudice en s'abstenant d'user du moyen que le droit mettait à sa disposition pour l'éviter puisse encore prétendre en obtenir réparation ⁽⁸⁸⁵⁾. On ne peut guère se plaindre de l'inexistence d'un engagement lorsque l'on a soi-même renoncé à le conclure ⁽⁸⁸⁶⁾.

Ainsi mis en mesure de dépasser l'inexistence matérielle du contrat au cas de malentendu, l'acceptant bénéficiera de la même faveur chaque fois qu'il aura cru pouvoir acquiescer à une offre qui ne le permettait pas. Car il est nombre d'hypothèses, en effet, pour priver celui qui a reçu une offre de contrat du droit de l'accepter.

§ 2 – La privation du droit d'accepter

233. Les bornes temporelles et personnelles de l'acceptation – Le réceptionnaire de l'offre peut être empêché de former le contrat pour deux types de cause, dépendant du moment qu'il aura choisi pour se déclarer et de la qualité qu'il a excipée pour ce faire. *Ratione temporis*, l'acceptation aura été émise hors délai (I) ; *ratione personae*, elle aura été donnée par un autre que son destinataire (II).

(884) La croyance, même légitime, du pollicitant originaire n'intervient pour sa part qu'à la marge : il ne pourra s'en prévaloir à son tour que s'il vient à accepter une contre-proposition en réalité déjà rétractée ou de sens différent de celui qu'il lui aura prêté, ce qui suppose dans tous les cas que son interlocuteur n'ait pas déjà usé de la même prérogative pour former le contrat selon sa propre conviction.

(885) Il ne s'agit pas seulement ici, en effet, de minimiser son dommage, mais bien de l'éviter purement et simplement, sans que cela n'impose aucune charge à l'intéressé. La solution ne pourrait être différente que si l'apparence intervenait contre les droits d'un tiers, au titre d'un contrat d'ores et déjà conclu mais vicié dans son objet, ainsi qu'il en irait notamment de l'acte translatif d'un titre appartenant à autrui : en ce cas en effet, il devient admissible de considérer que l'acceptant puisse ne pas vouloir porter atteinte aux droits d'un tiers parfaitement étranger à l'offre souscrite. C'est du reste l'existence de cette option qui permet de concilier la faculté de se prévaloir de l'exception de croyance légitime avec la garantie d'éviction due par le vendeur.

(886) Pour cette option, pourtant, v. semble-t-il Principes Acquis, art. 2:207 (2) et (3). Rapp. pour le cas du défaut de pouvoir du pollicitant, *supra*, n° 173, *in fine*, spéc. note 475.

I - L'ACCEPTATION HORS DÉLAI

234. Un consentement à contretemps – L'acceptation se donne hors délai dès lors qu'elle intervient trop tôt ou trop tard, selon par conséquent que, à l'instant où elle produit son effet, l'offre était encore suspendue ou déjà disparue. Il faut donc d'abord déterminer le moment de l'acceptation (A) avant que de pouvoir la juger hâtive, dans un cas (B), ou tardive, dans l'autre (C).

A - LE MOMENT DE L'ACCEPTATION

235. La profusion des théories – Déterminer si le consentement se donne dans le délai prescrit pour ce faire suppose de savoir, avant même de fixer ce délai, à quel instant l'acceptation produit son effet⁽⁸⁸⁷⁾. À cette question s'attachent assez de conséquences⁽⁸⁸⁸⁾

(887) Plus précisément que l'instant auquel elle parvient à existence. Car il est possible, théoriquement au moins, de concevoir, comme pour l'offre (v. *supra*, n° 161), que l'effet de l'acceptation ne soit pas strictement concomitant à son apparition ; que, donc, l'acceptation puisse exister avant le contrat qu'elle conclut. Sur cette distinction, v. not. H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Obligations – Théorie générale*, préc. (*supra*, note 39), n°s 144 à 146, pp. 141-143. Et, de fait, c'est bien à cette extrémité qu'aboutit la théorie consistant à retarder la formation du contrat à la réception de l'acceptation : n'étant organisée aucune rétroactivité à cette formation, laquelle se trouve subordonnée à l'occurrence d'un événement assez certain pour exclure toute idée d'existence conditionnelle, il n'est pas possible, à y souscrire, de voir dans la réception autre chose qu'un terme suspensif de l'effet de l'acceptation. Affirmer du reste que l'acceptation n'existerait pas avant sa réception impliquerait de s'interroger sur la nature de ce qui s'acheminerait alors vers le pollicitant...

(888) Celles qui ont trait, en somme, à la formation d'un contrat, soit la disparition de la faculté de rétractation de l'offre ; l'extinction du risque de sa caducité par décès de son auteur ; la transmissibilité de l'engagement ainsi constitué à ses ayants cause ; la détermination de la capacité des parties ; celle de la lésion ; l'appréciation de la possibilité et de la licéité de l'objet et de la cause du contrat ; le moment du transfert *solo consensu* de la chose cédée, et de ses risques ; le droit d'agir en exécution forcée, en l'absence de condition ou de terme suspensifs ; le point de départ de la plupart des délais de prescription ; l'antériorité du droit ainsi constitué sur un droit concurrent ; l'exclusion d'une réglementation nouvelle, normalement inapplicable aux contrats déjà conclus ; etc.

pour que la doctrine juridique y ait rompu quelques lances⁽⁸⁸⁹⁾, au point qu'il est aujourd'hui possible de dénombrer une demi-dizaine de systèmes, variantes non comprises⁽⁸⁹⁰⁾.

Schématiquement, on distingue en premier lieu la *théorie de l'émission*, d'après laquelle l'acceptation produit immédiatement son effet, dès son expression⁽⁸⁹¹⁾, ce principe respectant une subdivision dans le cas où l'émission de l'acceptation nécessiterait l'élaboration d'un support (*théorie de la déclaration*)⁽⁸⁹²⁾ préalable à sa transmission (*théorie de*

(889) Encore faut-il relever que la question a aujourd'hui perdu une partie de son intérêt. D'abord parce que, pour ce qui est de la localisation du contrat dans le temps, l'accélération continue des moyens de communication n'a cessé de réduire le nombre de situations dans lesquelles il est encore nécessaire de définir un événement constitutif entre la date de déclaration de l'acceptation et celle, devenue le plus souvent simultanée, de sa prise de connaissance par son destinataire. Ensuite parce que, sur le problème de la localisation du contrat dans l'espace, le critère pris du lieu de conclusion a fini par le céder nettement à un faisceau de rattachement plus ouvert. V. not. en ce sens Conv. Rome, 19 juin 1980, puis règl. 593/2008/CE du 17 juin 2008 (*Rome I*), art. 4, selon lequel, à défaut de choix des parties, « *le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits* », la présomption portant généralement alors en faveur, non du lieu de formation du contrat, mais de celui de la résidence du débiteur de la prestation caractéristique à la date de cette formation. V. égal. Conv. Bruxelles, 27 sept. 1968, puis règl. 44/2000/CE du 22 déc. 2000, art. 5, § 1, et C. proc. civ., art. 46, dont il résulte que le demandeur peut saisir à son choix le tribunal du domicile du défendeur ou celui du lieu d'exécution du contrat, sans toujours plus de considération pour le lieu de sa conclusion. Le critère ne sert plus guère aujourd'hui que pour déterminer le pays de rattachement d'un contrat d'assurance-vie (règl. 593/2008/CE du 17 juin 2008, art. 8, § 6), attribuer une compétence optionnelle au tribunal du lieu de formation d'un contrat de travail de droit interne (C. trav., art. R. 1412-1, « al. 4 » (al. 2)), ou en vue de désigner, et à titre ordinairement facultatif encore, la *lex loci actus* pour régir les conditions de forme du contrat. Il reste toutefois que le lieu de conclusion constitue toujours au-delà un élément participant, parmi d'autres, à sa localisation dans l'espace.

(890) Ces systèmes se donnent pour objet de régler ce qu'il est convenu d'appeler le problème des « *contrats entre absents* ». Mais, outre que l'imprécision sémantique de ce dernier terme, revêtu en droit d'une signification bien précise, inviterait à parler plutôt de *contrats conclus à distance*, cette réduction de la question porte de toute façon à faux. Car, si le problème de la localisation du contrat se laisse certes plus souvent voir lorsque les parties ne partagent pas la même unité de temps ou de lieu, la question théorique ne vaut pas moins lorsque celles-ci contractent en présence l'une de l'autre : on pourra toujours se demander alors si l'accord s'est formé à l'instant où l'acceptant a manifesté son adhésion, et à cet endroit précis, ou s'il ne s'est conclu que lorsque le pollicitant l'a entendue, et là où lui-même se trouvait. C'est particulièrement évident s'il n'a justement pas entendu l'acceptation exprimée, auquel cas on se demandera toujours, même entre présents, si le contrat a bien été conclu. Cette division ainsi écartée pour absence de pertinence, on échappera opportunément aux délicates questions de qualification : jugerait-on formée à distance, en effet, la convention scellée par téléphone, celle conclue entre deux interlocuteurs établis sur des navires de nationalités différentes apportés au même quai, ou celle encore conçue au moyen de messages successivement déposés en un même lieu ?

(891) Parmi les auteurs souscrivant à cette théorie, v. not. J.-B. DUVERGIER, sur Ch. Toullier, *op. cit.* (*supra*, note 448), t. XVI, *De la vente*, 1835, nos 58 à 62, pp. 54-59 ; A. DURANTON, *op. cit.* (*supra*, note 75), t. XVI, n° 45, pp. 52-53 ; Ch. AUBRY et Ch. RAU, *op. cit.* (*supra*, note 78), § 343, 3°, p. 294 ; V. MARCADÉ, *op. cit.* (*supra*, note 214), n° 395 pp. 340-341 ; Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, préc. (*supra*, *ibid.*), n° 75, pp. 74-78 ; R. ROUSSEAU, *Traité théorique et pratique de la correspondance par lettres missives & télégrammes*, 2e éd., A. Marescq aîné, 1877, nos 85 et 86, pp. 57-59 ; Ch. DARQUER, *Des contrats par correspondance*, th. Paris, 1885, pp. 170-175 ; A. GIRAULT, *op. cit.* (*supra*, note 718), n° 68, pp. 91-92 ; M. AUBERT, *op. cit.* (*supra*, note 319), pp. 100-114 ; C. BUFNOIR, *op. cit.* (*supra*, note 214), XXXIII^e leçon, pp. 474 ; L. GUILLOUARD, *op. cit.* (*supra*, note 500), n° 16, pp. 28-30 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.* (*supra*, note 110), n° 30, p. 30 ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, préc. (*supra*, note 822), t. II, 1939, n° 53, pp. 34-35 ; Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, publ. R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, 2^e éd., A. Rousseau, t. VIII, *Les contrats et les obligations*, collab. G. Lagarde, 1936, nos 88 à 90, pp. 62-64 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil – Les obligations*, t. I, préc. (*supra*, note 403), n° 124, pp. 121-122 ; H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Obligations – Théorie générale*, préc. (*supra*, note 39), n° 146, pp. 142-143. *Adde* encore A. LAUDE, *op. cit.* (*supra*, note 386), n° 213, p. 141 ; L. GRYNBAUM, « Contrats entre absents : les charmes évanescents de l'émission de l'acceptation », *D.* 2003, chr., pp. 1706-1710.

(892) L'expression, traduite de l'allemand (*Äußerungstheorie*), est pourtant bien mal choisie, s'agissant justement de savoir si la déclaration intervient à l'instant de la rédaction ou à celui de l'expédition de l'acceptation. (*suite p. suiv.*)

l'expédition)⁽⁸⁹³⁾. À ce premier système s'oppose la *théorie de la réception*, laquelle retarde l'effet de l'acceptation à son appréhension par le destinataire, qu'il s'agisse de sa prise de connaissance effective (*théorie de la recognition*)⁽⁸⁹⁴⁾ ou de la seule réception matérielle de son support (*théorie de la réception stricto sensu*)⁽⁸⁹⁵⁾, cette dernière solution suivant elle-même plusieurs variantes selon que l'on retient le moment de l'arrivée chez le destinataire⁽⁸⁹⁶⁾ ou celui auquel il lui devenait objectivement possible d'en prendre connaissance⁽⁸⁹⁷⁾, et selon que l'on y voit une règle de fond ou une simple règle présomptive de la connaissance véritable de l'acceptation par son destinataire, restant toujours loisible de prouver qu'il ne l'a pas connue malgré sa réception matérielle⁽⁸⁹⁸⁾. D'après un troisième système, que l'on

Quant à l'expression parfois rencontrée de *théorie de la conception*, elle ne permet pas de distinguer la conception intellectuelle, c'est-à-dire la décision, de la conception matérielle, ici seule en cause. On parlerait mieux à tout prendre d'une *théorie de la production*.

Prônant cette solution : G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, dir. G. Baudry-Lacantinerie, 3^e éd., L. Larose et L. Tenin, t. XII, *Des obligations*, t. I, 1906, n^{os} 37 et 38, pp. 56-64 ; J. VALÉRY, *op. cit.* (*supra*, note 86), n^{os} 140 à 143, pp. 136-140 ; A. DOLBEAU, *op. cit.* (*supra*, note 319), pp. 325-385 ; J. MONTAGNIER, *op. cit.* (*supra*, note 820), n^{os} 195 à 196, pp. 195-205.

(893) *Entäußerungstheorie*, ou parfois *Übermittlungstheorie*, en droit allemand. Cette *expedition rule*, ou *dispatch rule*, est retenue par les droits anglais (*Adams vs. Lindsell*, 1818 ; *Household Fire and Carriage Accident Insurance Co. Ltd vs. Grant*, 1879) et américain (*Restatement Second on contracts*, § 63 (a)), la jurisprudence anglaise l'écartant néanmoins au cas de communications instantanées, notamment télégraphiques ou téléphoniques (*Entores Ltd vs. Miles Far East Corp.*, 1955). Associé à la règle consistant à retarder l'effet de l'offre à sa réception (sur quoi, v. *supra*, n^o 161), ce système constitue ce qu'il convenait d'appeler outre-Atlantique la *mailbox rule*, ou, outre-Manche, la *postal rule*. C'est très généralement à cette théorie que paraissent se référer les auteurs qui optent pour la théorie de l'émission (v. *supra*, note 891). V. par ex. Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *op. cit.* (*supra*, note 718), n^o 27, p. 25 ; J. GHESTIN, *La formation du contrat*, préc. (*supra*, note 62), n^o 358, p. 326.

(894) Ou *Vernehmungstheorie* en Allemagne. On parle aussi, et plus souvent alors, de *théorie de l'information*, malgré l'ambiguïté d'un terme susceptible de s'appliquer aussi bien à l'émission du message informatif qu'à sa prise de connaissance par son destinataire. On trouve encore le même système désigné comme *théorie de la perception*, mais l'équivoque balance cette fois entre perception intellectuelle de la volition de l'acceptant et perception matérielle de son support. Pour cette solution, v. par ex. Ch. TOULLIER, *op. cit.* (*supra*, note 448), n^o 29, p. 32.

(895) C'est la *Empfangstheorie* retenue par le droit allemand : BGB, §§ 130 (1) et 147 (2). V. égal. en ce même sens : NBW, art. 6:224 ; C. civ. Québec, art. 1387. En France même, certaines dispositions souscriraient spécialement à cette théorie. Ainsi en va-t-il, selon la Cour de cassation, de l'article L. 412-8 du Code rural : v. 3^e civ., 16 juin 2011, pourvoi n^o 09-72679.

(896) En ce sens : R.-Th. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, t. V, *De la vente*, 5^e éd., H. Plon, 1856, t. I, n^o 25, pp. 36-37 ; L. LAROMBIÈRE, *op. cit.* (*supra*, note 12), art. 1101, n^o 21, p. 21 ; A. ROBERT, *op. cit.* (*supra*, note 319), p. 185 ; R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, préc. (*supra*, note 35), art. 130, n^o 3, p. 120 ; N. GALLIOT, *La déclaration de volonté dans les contrats*, th. Caen, 1903, p. 288 ; M. PLANIOL, *op. cit.* (*supra*, note 61), t. II, 1923, n^o 984, p. 340 ; Ch. LARROUMET, *Les obligations – Le contrat*, préc. (*supra*, note 380), n^o 287, pp. 255-256.

(897) Ce qui vise notamment les acceptations délivrées en pleine nuit (par courrier électronique par exemple), en période de congé ou – à l'adresse d'une entreprise au moins – un jour férié : selon la règle en vigueur, on retiendra toujours le moment de cette réception ou seulement celui du matin qui suivra, de la fin de congé, ou du prochain jour ouvré. C'est également l'hypothèse de l'acceptation qui serait délivrée dans une langue étrangère au pollicitant : il s'agirait alors de retarder le moment de la réception, et de la formation du contrat, au temps qu'il aura fallu à l'intéressé pour traduire le message. Le droit allemand opte ainsi pour ces diverses corrections : v. C. WITZ, *op. cit.* (*supra*, note 50), n^{os} 92 à 101, pp. 97-103.

(898) Sous cette dernière forme, la théorie de la réception se comprend donc comme une théorie de la recognition dont la présomption serait renversée dès la preuve faite de la réception matérielle. C'est encore la solution admise par le droit allemand, qui réserve seulement le cas où cette ignorance ou ce retard serait imputable au destinataire (v. C. WITZ, *ibid.*, spéc. n^o 93, pp. 98-99). V. égal. en ce sens C. civ. italien, art. 1326, al. 1^{er}, et art. 1335 ; C. civ. espagnol, art. 1262, al. 2 ; et, pour la Belgique, Cass., 16 juin 1960, *RCJB* 1962, p. 301, note J. Heenen ; 25 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1086 ; *Journ. trib.* 1990, p. 724. *Adde* l'Avant-projet de

(suite p. suiv.)

peut désigner comme *théorie mixte*, l'acceptation ne produirait pas un effet simultané pour les deux parties, soit que l'acceptant se trouvât engagé dès l'émission et l'offrant seulement à sa réception⁽⁸⁹⁹⁾, soit, à l'inverse, que l'émission de l'acceptation ne saisisse que le pollicitant, l'acceptant demeurant libre de tout lien jusqu'à réception de celle-ci⁽⁹⁰⁰⁾. Une autre dissociation est en outre proposée par la *théorie dualiste*, qui n'opère plus alors entre la personne de l'offrant et celle de l'acceptant mais entre le moment et le lieu de la formation du contrat : selon cette autre théorie, rien n'imposerait de lier la localisation temporelle du contrat à sa localisation spatiale, de sorte que la convention pourrait naître au moment de la réception de l'acceptation et se trouver néanmoins rattachée au lieu de son émission⁽⁹⁰¹⁾, ou inversement⁽⁹⁰²⁾. Enfin, un dernier système, exclusif de tous les autres, dénie tout

Code européen des contrats, Académie des privatistes européens, dir. G. Gandolfi, Pavie, 2001, art. 11, 12, 16, et 21 (!). Pour l'adoption de ce système en France : G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAT, *op. cit.* (*supra*, note 336), nos 35 à 38, pp. 25-30 ; E. GAUDEMET, *op. cit.* (*supra*, note 43), pp. 46-47 et 50 ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, préc. (*supra*, note 101), n° 577, pp. 220-222 ; P. ESMEIN, *op. cit.* (*supra*, note 71), nos 159 et 160, pp. 188-193 ; J. MARTIN DE LA MOUTTE, *op. cit.* (*supra*, note 101), n° 204, p. 195 ; A. RIEG, *op. cit.* (*supra*, note 49), n° 76, pp. 76-78 ; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, th. Paris X, 1994, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 254, 1995, n° 264, p. 226.

(899) Rapp. C. proc. civ., art. 668, selon lequel « la date de la notification par voie postale est, à l'égard de celui qui y procède, celle de l'expédition, et, à l'égard de celui à qui elle est faite, la date de réception de la lettre. » Cette solution semble pourtant procéder d'une confusion entretenue entre l'effet substantiel de la déclaration et l'opposabilité de cet effet à celui qui l'ignore encore.

L'article 932, alinéa 2, du Code civil, émargerait lui aussi à cette même théorie. En effet, nonobstant une lettre qui n'en dit pas tant, on comprend traditionnellement cette disposition comme signifiant que l'acceptant donataire se trouve engagé dès l'expression notariée de son acceptation, tandis que l'offrant donateur non présent à cet instant ne le deviendrait qu'à réception de la notification de cette acceptation. Il s'en déduit que le donateur demeurerait libre de révoquer sa proposition après acceptation, jusqu'à réception (Req., 4 mars 1902, *DP* 1902, I, p. 214 ; *S.* 1902, I, p. 161), et que son décès intermédiaire entraînerait la caducité de l'offre, même acceptée (Civ., 16 nov. 1861, *DP* 1862, I, p. 28). Ainsi articulé, un tel système génère une forme inédite de propriété indivise au sein de laquelle les deux parties disposeront de la faculté respective d'aliéner le bien donné (sur cet imbroglio, v. F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les successions – Les libéralités*, 3^e éd., Dalloz, 1997, n° 463, p. 377). Cette règle inouïe, issue d'un amendement du Tribunal, n'a apparemment suivi qu'une pensée : préserver l'intérêt d'un donateur qui, dans l'ignorance de l'acceptation, court « le risque de tromper des tiers avec lesquels il pourrait contracter » (in P. A. Fenet, *op. cit.* (*supra*, note 62), t. XII, pp. 450-451 ; et rapp. JAUBERT, 9 flor. an XI, *ibid.*, pp. 595-596). Si l'on comprend bien, il s'agirait donc d'excuser ce donateur d'avoir aliéné son bien alors qu'il l'a offert, devant notaire, en donation... Pour aussi légitime que soit toute politique juridique visant à la protection des disposants à titre gratuit, on aura tout de même un peu de mal à admettre que l'on puisse trouver naturel qu'un donateur fasse si peu cas de l'acte notarié qu'il vient de déposer.

(900) Ceci dans le but de régler la question de la rétractation du consentement contractuel, cette faculté devant expirer pour l'offrant au jour de l'émission de l'acceptation, tandis que celle de l'acceptant, pour exister, doit demeurer possible jusqu'au jour, au moins, de la réception de sa déclaration. Sur cette théorie, v. B. WINDSCHEID, *op. cit.* (*supra*, note 16), t. II, §§ 306 à 308, p. 171 ; V. MARCAGGI, *Étude sur la formation des contrats entre absents*, th. Aix-Marseille, 1902, pp. 168-177. Mais la technique de la condition permet de parvenir à cette solution sans avoir à dissocier en fonction des parties le moment de la formation du contrat : v. *supra*, n° 218.

(901) V. not. en ce sens A. RABUT, obs. sur Soc., 20 juill. 1954, *JCP* 1955, II, 8775 ; Ph. MALAURIE, note sous 1^{re} civ., 21 déc. 1960, *D.* 1961, p. 417 ; J.-L. AUBERT, *op. cit.* (*supra*, note 97), nos 414 à 420, pp. 384-392 ; puis J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.* (*supra*, note 119), nos 168 à 170, pp. 131-133 ; E. MONTERO, art. préc. (*supra*, note 403), pp. 367-368. Pour une critique, v. A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, préc. (*supra*, note 335), n° 15, pp. 53-54. De fait, la jurisprudence a toujours rejeté cette complication, liant systématiquement le moment et le lieu de la formation : v. ainsi Req., 1^{er} déc. 1875, *DP* 1877, I, p. 450 ; 21 mars 1932, *S.* 1932, I, p. 278 ; *DP* 1933, I, p. 65, note E. Salle de La Marnierre ; *Les grands arrêts jur. civ.*, préc. (*supra*, note 286), n° 143 ; Soc., 20 juill. 1954, *JCP* 1955, II, 8775, obs. A. Rabut ; *RTD civ.* 1955, p. 165, obs. P. Hébraud ; 5 juin 1962, *Bull.*, IV, n° 537.

(902) V. ainsi C. civ. brésilien, art. 434 et 435, qui décide que le contrat est réputé se former à l'instant de l'émission de l'acceptation mais au lieu de déclaration de l'offre.

caractère dispositif à la question de la localisation du contrat, renvoyant sa détermination à la seule volonté des parties⁽⁹⁰³⁾. Cette *théorie volontariste* postule ainsi que les contractants ont nécessairement réglé, même implicitement, la question du moment et du lieu de leur accord, à charge pour le juge de le découvrir⁽⁹⁰⁴⁾...

En somme : tout se dit, tout se défend. Et les théories ont proliféré pour cette raison déjà relevée que le processus de formation du contrat n'a guère occupé la réflexion des légistes avant le XIX^e siècle⁽⁹⁰⁵⁾, en sorte que, sur cette friche vierge de toute autorité historique, chaque thèse a pu librement prospérer. Si la théorie de l'émission a ainsi bénéficié, en France, des faveurs de la Cour de cassation⁽⁹⁰⁶⁾, voire, à l'occasion, de la loi⁽⁹⁰⁷⁾, il semble que l'on assiste aujourd'hui au triomphe de la théorie de la réception, les

(903) Au contraire des précédents systèmes, qui se donnaient au moins pour objet de suppléer la volonté des parties pour le cas, pratiquement courant, où celles-ci n'auraient rien convenu sur ce point.

(904) Certaines décisions paraissent s'en être ainsi tenues à rechercher la volonté des parties : Civ., 6 août 1867, *DP* 1868, I, p. 35 ; 2 févr. 1932, *S.* 1932, I, p. 68 ; Soc., 20 juill. 1954, préc. (*supra*, note 901). Passé le caractère divinatoire de l'exercice, il faudrait d'ailleurs se demander par quel moyen, dans ces conditions, localiser le contrat lorsque la loi fait interdiction aux parties de stipuler quoi que ce soit sur la question (v. par ex. C. civ., art. 1369-6, al. 2, *a contrario*). Il a même été prétendu, pour justifier cette retraite du droit, qu'il n'y aurait là qu'une question de fait, comme si donc le droit n'y attachait pas de conséquences (sur celles-ci, v. *supra*, *eod. num.*, spéc. note 888) : manifestement, si la localisation du contrat est un fait, celui-ci est éminemment juridique.

(905) V. *supra*, n° 146. Si les textes romains contiennent bien quelques indications, celles-ci sont trop éparses et contradictoires pour avoir pu servir de solution. Comp. par ex. Dig., XLI, I, 65, et XLVII, II, 14, § 17, à propos de la propriété du courrier contenant l'acceptation ; ou encore Dig., XLV, I, 1. Sur ce constat, v. P. F. GIRARD, *op. cit.* (*supra*, note 150), p. 489, note 3 : « la question a plutôt été discutée en raison qu'à l'aide de textes romains décisifs. »

Quant au Code civil, on lui découvre classiquement, à défaut de toute disposition à caractère général, trois articles traitant de la question. L'article 932, alinéa 2, relatif à l'acceptation d'une donation notariée en l'absence du donateur pollicitant, la résoudrait en faveur de la réception. Mais le système qu'il met en œuvre est en réalité plus complexe, et sa critique a déjà été faite (v. *supra*, *eod. num.*, spéc. note 899). Contre cette première interprétation, se dresse d'ailleurs l'article 1121, lequel, en disposant que la stipulation pour autrui devient irrévocable du jour où celui-ci a déclaré vouloir en bénéficier, paraît bien lier la formation de ce rapport contractuel au moment de la déclaration et non à celui de la réception de cette déclaration. Et c'est bien dans le même sens que l'article 1984, alinéa 2, synchronise l'effet de l'acceptation à son existence en énonçant plus clairement encore que « *Le contrat ne se forme que par l'acceptation du destinataire.* » Pas avant, donc, mais pas après non plus. À la lecture de ces quelques dispositions, il apparaît donc difficile à l'interprète de conclure autrement qu'en faveur de la théorie de l'émission. V. ainsi jurisprudence citée *infra*, *eod. num.*, note suiv. *Contra* pourtant, v. la jurisprudence belge préc., *supra*, *eod. num.*, note 898.

(906) Si la Cour de cassation a parfois jugé que le contrat avait pu se former à l'instant de la réception de l'acceptation, ce ne fut jamais que parce que les juges du fond avaient relevé que telle avait été, en l'occurrence, la volonté des parties, libres sur ce point de faire exception au droit commun : v. ainsi Civ., 2 févr. 1932, préc. (*supra*, note 904) ; Civ., 1^{re} sect., 21 déc. 1960, *D.* 1961, p. 417, note Ph. Malaurie ; Com., 21 nov. 1966, *JCP* 1967, II, 15012, 1^{re} esp., obs. P. Level Chaque fois, en revanche, que la Cour de cassation a rappelé à l'application de ce droit commun supplétif de volonté, elle a *toujours* désigné la date d'émission : v. ainsi Req., 21 mars 1932, préc. (*supra*, note 901) ; Soc., 2 juill. 1954, *Bull.*, IV, n° 485 ; 22 juin 1956, *Bull.*, IV, n° 579 ; *JCP* 1956, II, 9587, 1^{re} esp. : « *Attendu qu'en cas de réalisation d'un contrat par correspondance le lieu de l'engagement est celui d'où est partie la lettre d'acceptation* » ; Com., 7 janv. 1959, préc. (*supra*, note 78) ; Soc., 21 avril 1966, *Bull.*, IV, n° 353 ; Com., 22 juin 1976, *Bull.*, IV, n° 215 ; et, de la façon la plus définitive, Com., 7 janv. 1981, *Bull.*, IV, n° 14 ; *RTD civ.* 1981, p. 849, obs. F. Chabas. V. encore depuis : Soc., 11 juill. 2002, *Bull.*, V, n° 254 ; et encore 1^{re} civ., 12 juill. 2005, pourvoi n° 02-13614 (*CCC* 2005, n° 212, note G. Raymond), qui reproche à la cour d'appel d'avoir avancé la date de l'acceptation à celle de la rédaction du courrier au lieu de retenir la date d'expédition de celui-ci. *Adde* Com., 3 juin 1997, *Bull.*, IV, n° 168, à propos de la date d'effet d'une notification de résolution unilatérale ; et Ass. plén., 28 janv. 2005, *Bull.*, AP, n° 1 ; *RJS* 2005, n° 373 ; *D.* 2005, IR, p. 387, obs. E. Chevrier, et pan., p. 2503, obs. B. Lardy-Pélissier, pour la date du licenciement.

(907) *E.g.* C. consom., art. L. 121-64, al. 1^{er} (rédict. L. 1998-566 du 8 juill. 1998), pour la formation du contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé.

codifications les plus récentes paraissant l'avoir toutes retenue pour principe⁽⁹⁰⁸⁾. Or, il est à craindre que, plus qu'aucun argument logique ou pratique, ce soit sa complexité⁽⁹⁰⁹⁾ qui ait fini par convaincre : là où aucune solution n'a jamais prévalu, celle qui les multiplie impressionne et offre un choix qui ravit.

236. Discussion – Pour ce qui est des arguments, la théorie de la réception n'en avance, en tout et pour tout, que trois, tous discutables. Il est d'abord prétendu en effet que la solution consistant à retarder la formation du contrat à la réception de l'acceptation présenterait pour intérêt de conférer à son auteur une faculté de rétractation en lui permettant de reprendre son consentement avant qu'il ne parvienne à son destinataire⁽⁹¹⁰⁾. Cela est vrai, mais superflu, dès lors que l'on peut octroyer cette même faculté en affectant l'acceptation d'une condition⁽⁹¹¹⁾. Il est ensuite avancé qu'il s'agirait d'éviter au pollicitant d'être engagé sans le savoir, et de lui éviter ainsi quelque déconvenue s'il devait, dans cette ignorance, agir contre le contrat⁽⁹¹²⁾. Or, la seule déconvenue dont il aura à connaître en un tel cas concernera la responsabilité qui serait la sienne pour avoir ainsi manqué à sa parole : tant que son offre demeure, le pollicitant est tenu de ne rien faire qui puisse y contrevenir,

(908) Depuis LUFC, art. 8, § 1, *in limine* ; suivi par CVIM, art. 18, § 2 ; recopié in Principes Unidroit, art. 2.1.6 (2) ; puis passé in PDEC, art. 2:205 (1) ; et finalement DCFR, livre II, art. 4:205. *Adde* encore l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, art. 1107. Et pour des codifications nationales récentes, v. C. civ. Québec, art. 1387, et NBW, art. 6:224. Peut-être faut-il même y ajouter la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, transposant la directive n° 2000/31/CE du 8 juin 2000 : en multipliant les dispositions relatives à la réception de l'acceptation donnée par voie électronique, sans jamais avoir égard à son émission, la loi paraît bien conditionner la formation électronique du contrat à cette réception de l'acceptation (v. not. C. civ., art. 1369-5, depuis ord. 2005-674 du 16 juin 2005). Envisageant cette interprétation, v. par ex. L. GRYNBAUM, « Loi économie numérique : le sacre des égalités formelles », RDC 2005, pp. 580-589, spéc. p. 588. À moins de voir dans cette généralisation de l'accusé de réception le moyen de faciliter la preuve, au-delà de la réception de l'acceptation, de son émission elle-même, sans interdire de la rapporter autrement. Car il semblerait bien mal venu d'abandonner ainsi au pollicitant la faculté de confisquer la preuve du contrat, au détriment de son cocontractant. En cet autre sens, v. O. CACHARD, « Le contrat électronique dans la loi pour la confiance dans l'économie électronique », RLDC, sept. 2004, pp. 5-12, n° 17, *in fine*, p. 9.

Il est toutefois à noter que, s'agissant de la rétractation de l'acceptation, le courant apparaît nettement contraire, les dispositions qui l'autorisent retenant systématiquement alors la date de son expédition : v. not. C. consom., art. R. 121-2-2 (rédict. décr. 2005-1450 du 25 nov. 2005), pour la rétractation de l'acceptation donnée au contrat de service financier conclu à distance ; dir. 2008/48/CE du 23 avril 2008, art. 14, § 3, a, *in fine*, pour la rétractation de l'acceptation du contrat de crédit au consommateur ; et même, à titre général, Principes Acquis, art. 5:103 (2), et DCFR, livre II, art. 5:103 (4).

(909) V. les cinq ou six variantes qui lui sont attribuées, *supra*, *eod. num.*

(910) V. par ex., parmi beaucoup d'autres : FLANDIN, « De la vente par correspondance », *Rev. notar. et enreg.*, t. X, 1869, n° 2448, pp. 561-570, et n° 2479, pp. 641-648. Rapp. égal. E. GAUDEMET, *op. cit.* (*supra*, note 43), pp. 45-46, et M. DE LABARRE, art. préc. (*supra*, note 242), pp. 77-78, qui déduisent de la faculté de rétractation accordée à l'acceptant que la théorie de la réception serait la seule admissible.

(911) V. *supra*, n° 218.

(912) V. ainsi cet exposé des motifs de l'article 1107 de l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription remis au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005 (rapp., p. 18) : « la sécurité [...] de l'offrant est promue par la règle qui prévoit que le contrat n'est conclu qu'à compter de la réception de l'acceptation. Ainsi, l'offrant n'est-il contractuellement lié que lorsqu'il a pu prendre effectivement connaissance de la volonté manifestée par son partenaire et ne peut pas être juridiquement engagé sans le savoir. » Tant pis donc si, à l'inverse, l'acceptant se croit lié et exécute un contrat jamais formé faute de réception d'un courrier qui se sera égaré... Rapp. la discussion conduite autour de l'article 932 du Code civil, *supra*, *eod. num.*, spéc. note 899.

la sachant susceptible de recevoir encore le consentement attendu⁽⁹¹³⁾. Il est enfin argué en dernier lieu, et pour défendre alors une théorie de la réception assise sur la seule réception matérielle de l'acceptation, que cette solution aurait pour intérêt de répartir la charge des risques entre l'acceptant et son pollicitant, le premier supportant le risque de perte de son expédition en cours d'acheminement tandis que le second supporterait, une fois reçue, celui de l'égarer avant lecture⁽⁹¹⁴⁾. Fort bien, mais en quoi cette répartition s'impose-t-elle ? De quelle logique faut-il donc exciper pour préférer une solution doublant les inconvénients à celle qui les confine à une seule des parties ? L'offrant a pris l'initiative du contrat, et il disposait en particulier de la faculté de régler sa formation comme il l'entendait. Pourquoi, s'il ne l'a pas fait, faudrait-il en imputer la charge à son interlocuteur ? Puisque, de toute façon, le pollicitant se soumet par nature à l'inconnu de la volonté de son correspondant, sa position ne paraît pas se trouver considérablement altérée par la modeste prolongation que le temps d'une communication imposera à cette incertitude : il laissera simplement s'écouler ce bref délai supplémentaire avant de conclure à l'absence d'acceptation⁽⁹¹⁵⁾.

Quant au fondement, il n'en est qu'un, purement analogique : il s'agit de décider pour l'acceptation comme on le fait pour l'offre, dont on retarde l'effet à la réception⁽⁹¹⁶⁾. Or, sur ce dernier point, il a été assez démontré que l'acceptation s'oppose plus qu'elle ne s'identifie à l'offre pour repousser toute tentative d'analogie⁽⁹¹⁷⁾. De sorte qu'il apparaît en définitive que la théorie de la réception ne s'impose en aucune manière, et que la théorie de l'émission aurait pour sa part mérité une meilleure défense.

N'étant pas discuté, en premier lieu, que l'acceptation existe dès l'expression de la volonté de son auteur, restant seulement à décider ici s'il faut néanmoins retenir son effet⁽⁹¹⁸⁾, la théorie de l'émission a pour elle la simplicité, et jouit en tant que telle d'une présomption : il est naturel, en droit, qu'un acte prenne son effet à l'instant de sa perfection, le contraire supposant de lui adjoindre un terme suspensif. Ce seul argument de

(913) Si l'on admet, donc, que l'acceptation vaut dès son émission, il sera demandé à l'offrant d'attendre l'expiration du délai ordinaire d'acheminement d'une éventuelle acceptation avant de considérer son offre comme éteinte. S'il entend la révoquer, il devra, après révocation, laisser passer ce bref délai avant de conclure à l'inexistence du contrat et de pouvoir légitimement se comporter en conséquence. Il faudrait que le pollicitant révoquât tacitement sa proposition en réalisant d'emblée un acte qui lui serait directement contraire pour risquer ce faisant de méconnaître fautivement un contrat d'ores et déjà conclu.

(914) Rappr. en ce sens le commentaire n° 4 de l'article 2.1.6 des Principes Unidroit : « *La raison de l'adoption du principe de la "réception" plutôt que celui de "l'expédition" est que le risque de transmission doit incomber au destinataire plutôt qu'à l'auteur de l'offre, puisque c'est le premier qui choisit le moyen de communication* ». Et *quid*, selon ce raisonnement, si l'offrant demande à son correspondant de lui répondre par un moyen qu'il lui désigne ?

(915) V. *supra*, eod. num., spéc. note 913. Et si ce délai ne lui était pas supportable, il pourrait toujours vérifier auprès de son interlocuteur qu'aucune acceptation ne lui a été adressée. Sur cet équilibre naturel des prérogatives entre cocontractants, et sur le déséquilibre provoqué par la théorie de la réception, v. A. COHEN, *op. cit.* (*supra*, note 86), pp. 38-39 ; M. DURMA, *op. cit.* (*supra*, note 52), n° 209 et 210, pp. 226-228.

(916) V. ainsi PDEC, art. 1:303 (6), qui assimile l'offre à l'acceptation, et à toutes autres notifications, pour les soumettre au même régime.

(917) V. not. *supra*, n°s 161 et 214.

(918) V. *supra*, eod. num., *in limine*.

principe suffirait donc déjà à évincer la théorie de la réception, faute pour celle-ci d'avoir pu expliquer l'introduction de ce terme. La théorie de l'émission s'en tient en somme à la définition du contrat : la rencontre des volontés se réalise à l'instant où l'acceptation se joint à la proposition reçue ; il n'est pas ajouté à ces éléments constitutifs que l'accord exigerait encore d'être connu des deux parties pour exister⁽⁹¹⁹⁾. Et les arguments ne sont pas qu'ontologiques, ils sont également techniques, pratiques et économiques.

Techniquement, d'abord, la solution consistant à retarder la formation du contrat à la réception de l'acceptation ne permettrait pas d'empêcher le pollicitant de retirer sa proposition jusqu'à cet instant, même après donc que l'acceptation eut été donnée. Si, par conséquent, l'acceptant exprime tacitement son consentement en exécutant la prestation attendue, la révocation ultérieure du pollicitant rendra ce paiement indu et commandera sa restitution, et son arroi de complications⁽⁹²⁰⁾. Pour exclure cette inconséquence, la théorie de la réception doit s'attacher une disposition supplémentaire⁽⁹²¹⁾. Du reste, l'hypothèse de l'acceptation tacite par commencement d'exécution embarrasse manifestement les systèmes réceptices, certains y faisant exception pour revenir au critère de l'émission⁽⁹²²⁾, là où les autres persistent en retardant la formation du contrat à la connaissance de l'exécution qu'aura eue, parfois bien plus tard, le pollicitant⁽⁹²³⁾. Faire de l'acceptation un acte réceptice supposerait enfin, selon la nature que l'on reconnaît à cette réception, d'attribuer le bénéfice consécutif de la croyance légitime au pollicitant dont la réception formera la convention⁽⁹²⁴⁾, pour tous les cas où celui-ci aura cru l'acceptation conforme à son offre. Dans un tel système, donc, l'acceptant se retrouverait entièrement soumis à la volonté de son cocontractant, qui, seul, déterminerait et terminerait le contrat⁽⁹²⁵⁾.

Pratiquement, ensuite, la théorie de la réception a pour effet de localiser la formation du contrat au domicile du pollicitant, ce qui, considérant que les consommateurs ne le sont à peu près jamais, revient à allouer les professionnels d'un critère de rattachement indu, et à imposer, là encore, l'introduction d'une disposition spécialement contraire pour soustraire

(919) Comp. G. RIPERT et J. BOULANGER, *op. cit.* (*supra*, note 177), n° 354, p. 142, qui, optant pour la théorie de la réception, s'obligent à cette redéfinition du contrat : « On aboutit ainsi à cette conséquence qu'en l'espèce le contrat est plutôt un rapprochement de déclarations de volonté qu'un accord de volontés proprement dit. »

(920) Pour cette solution néanmoins : C. civ. italien, art. 1327 et 1328. En ce sens égal., v. L. LAROMBIÈRE, *op. cit.* (*supra*, note 12), Art. 1101, n° 19, pp. 16-17, et n° 20, pp. 20-21.

(921) V. ainsi LUFC, art. 5, § 4 ; CVIM, art. 16, § 1 ; PDEC, art. 2:202 (1) ; NBW, art. 6:219 (2).

(922) V. par ex. BGB, § 151 ; C. civ. italien, art. 1327, al. 1^{er} ; LUFC, art. 8, § 3 ; CVIM, art. 18, § 3 ; Principes Unidroit, 2.1.6 (3).

(923) V. not. PDEC, art. 2:205 (2). Il en résulte que l'acceptant exécute alors un contrat non encore formé... Relevant déjà cette anomalie : E. CADRÈS, « À quel moment est formée une convention faite par correspondance ? », *Rev. dr. fr. et étr.* [Rev. Fœlix], 1844, pp. 268-275, spéc. pp. 273-274 ; M. AUBERT, *op. cit.* (*supra*, note 319), pp. 106-107 ; A. MAUMUS, *op. cit.* (*supra*, *ibid.*), pp. 40-41 ; A. COHEN, *op. cit.* (*supra*, note 86), p. 111. Et cette question encore : à quel moment, à ce régime, se conclut le contrat accepté par celui qui introduit sa pièce dans un distributeur automatique... ?

(924) Ce rapport logique liant acte réceptice et théorie de l'apparence est du moins nécessaire si l'on exige une véritable réception juridique de l'acceptation : v. *supra*, n° 161, *in fine*, à propos de l'offre.

(925) Rapp. ainsi H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Obligations – Théorie générale*, préc. (*supra*, note 39), n° 146, p. 142 : « ce qui condamne avant tout ce système, c'est qu'il met la formation du contrat et sa preuve à la discrétion du pollicitant. »

le cocontractant à la force de gravitation de l'auteur de l'offre⁽⁹²⁶⁾. Un effet non moins délétère de cette théorie frappe en outre la question probatoire : alors que le système de l'émission ne demande à chacun que d'établir son fait, l'acceptant en apportant la preuve de l'expédition, l'offrant en produisant l'acceptation expédiée une fois reçue, la théorie de la réception revient à obliger l'acceptant qui voudrait faire la preuve du contrat à établir un fait qu'il ignore pour n'y avoir pas assisté. Cette thèse impose ainsi de ne jamais donner son adhésion à une offre autrement que jointe à un accusé de réception⁽⁹²⁷⁾, et à attendre le retour de celui-ci avant de débiter toute exécution... Dans un tel système, le cachet de la poste ne ferait plus foi de rien, sinon d'une expédition qui ne servirait plus qu'à engager la responsabilité – que l'on sait réglementairement oblitérée – du transporteur.

Économiquement enfin, et peut-être surtout, la solution consistant à réputer le contrat conclu à l'instant de l'émission de l'acceptation est la plus rapide et, donc, la seule conforme aux intérêts du commerce. Retarder inutilement la formation du contrat, c'est soumettre celui-ci à un risque accru de disparition ou de déconfiture de l'offrant, et à la menace nouvelle d'une perte ou d'un simple retard de l'acceptation.

Il est à peine croyable, en définitive, que le seul intérêt d'un offrant ignorant l'acceptation, mais sachant celle-ci possible, ait pu l'emporter sur autant d'évidence. Même à en rester à la seule question des intérêts personnels en présence, comment a-t-on pu ne pas voir que, privilégiant le pollicitant, c'était l'acceptant que l'on lésait, pour le cas où, se croyant lié, son acceptation ne parviendrait jamais, ou avec trop de retard, à son destinataire ? Sa foi en un acheminement normal de son message n'est-elle pas plus légitime que celle d'un pollicitant qui a sollicité le contrat et que l'on voudrait néanmoins autoriser à agir, dans le doute, contre sa déclaration ? À moins que l'on ait vraiment souhaité généraliser la formalité de l'accusé de réception, quitte à accroître ainsi les frais de conclusion en même temps que les délais d'exécution⁽⁹²⁸⁾. Par la grâce de la théorie de la réception, on fait ainsi peser la totalité des risques attachés à la conclusion du contrat sur celui des deux qui, dépourvu du pouvoir de stipulation, ne peut les maîtriser.

La théorie de l'émission apparaît ainsi comme la seule conforme à la logique juridique, celle qui garantit le mieux les intérêts des deux parties, et qui tend le plus rapidement, de

(926) Comment comprendre donc, à cet endroit, que l'article R. 1412-1 du Code du travail puisse, en son dernier alinéa, permettre au salarié de « saisir les conseils de prud'hommes du lieu où l'engagement a été contracté ou celui du lieu où l'employeur est établi » ? Imagine-t-on vraiment qu'il s'agirait là de lui offrir le choix entre le lieu d'établissement de l'employeur et... le lieu d'établissement de l'employeur ? Au moins la Cour de cassation ne l'a-t-elle jamais pensé : v. jurisprudence préc., *supra*, eod. num., note 906.

(927) Dans la théorie de l'émission, la preuve de la réception n'est nécessaire à l'acceptant que si le contrat met à la charge de son cocontractant une obligation de faire à bref délai, et dans la seule perspective alors d'une action en responsabilité pour inexécution ou retard dans l'exécution. À la rigueur y trouverait-il également un intérêt s'il acceptait l'offre *in extremis* et qu'il craignait que le pollicitant se crût libre de contracter avec un autre par suite de la perte ou du retard dans la transmission de l'acceptation.

(928) Car l'acceptant ne prendra pas le risque d'exécuter le contrat avant de s'être assuré, par le retour de l'accusé de réception, qu'il aura bien été formé. Quant au pollicitant, il pourrait encore vouloir attendre de savoir que cette information a bien été transmise à l'acceptant, pour le cas où il voudrait alléguer ne jamais avoir reçu l'acceptation...

surcroît, à la formation du contrat. Il n'est même pas assuré à cet égard que cette instantanéité de l'adhésion la rende plus sujette au risque de précocité, considérant que, même si l'on en diffèrait les effets à sa réception, son existence n'en serait pas moins acquise au moment de sa déclaration, et que cette date pourrait bien être la seule pertinente pour juger l'acceptation hâtive.

B - L'ACCEPTATION HÂTIVE

237. L'hypothèse de l'adhésion anticipée à une offre future – L'acceptation serait assurément hâtive si elle devait se manifester avant même qu'aucune offre ne fût émise. Et, de fait, il se pourrait que, sans erreur⁽⁹²⁹⁾, une partie à la négociation consente par avance à ce que décidera son interlocuteur. Il apparaît pourtant que, quelle que soit son analyse, une telle adhésion anticipée ne devancera jamais l'offre de contrat, soit qu'elle se donne déjà à une proposition qui l'aura précédée, soit qu'elle constitue elle-même cette sollicitation. En première hypothèse, en effet, le consentement ne fera que répondre à une offre qui aura stipulé au bénéfice de son auteur un pouvoir de fixation unilatérale de quelques uns des éléments du contrat, de telle sorte que le destinataire qui y adhérerait formerait un accord définitif par un consentement qui ne se qualifierait pas autrement que comme une acceptation⁽⁹³⁰⁾. Et si, dans une seconde hypothèse, cette volition contractuelle est bien la première à se manifester, alors elle vaudra comme offre de contrat, quand bien même abandonnerait-elle au destinataire qui y consentirait le soin de la compléter ou de la préciser en certaines de ses stipulations, spécialement désignées à cet effet⁽⁹³¹⁾. Si bien que,

(929) Si l'acceptant a cru à l'existence d'une offre antécédente, la formation du contrat se réglera selon les principes qui gouvernent la théorie de l'apparence. Sur quoi, v. *supra*, n° 229 et s.

(930) Le contrat ainsi conclu, la fixation ultérieure et unilatérale des éléments contractuels restés indéterminés serait seulement soumise au contrôle judiciaire de l'abus. Pour l'admission de cette solution, en des hypothèses au moins où l'absence de détermination initiale et définitive peut se justifier par la persistance au jour du contrat d'une incertitude dans le coût réel de la prestation à accomplir, v. not. 1^{re} civ., 3 juin 1986, *Bull.*, I, n° 150 ; *JCP* 1988, II, 20791, note A. Viandier, pour la facture présentée par un locateur d'ouvrage ; 2 juin 1993, *Bull.*, I, n° 198, pour les honoraires versés à un mandataire ; Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *Bull.*, AP, n° 7, deux arrêts, et n° 8 ; *Rapp.*, p. 290 ; *PA* 27 déc. 1995, n° 155, p. 11, note D. Bureau et N. Molfessis ; *CCC* 1996, étude n° 1, « Indétermination du prix : le revirement et sa portée », par L. Leveneur ; *D.* 1996, p. 18, note L. Aynès ; *JCP* 1996, II, 22565, note J. Ghestin ; *Deffrénois* 1996, art. 36354, p. 747, obs. Ph. Delebecque, pour le prix des commandes passées en exécution d'un contrat-cadre de distribution ; Com., 9 juill. 1996, *Bull.*, IV, n° 205 ; *Rapp.*, p. 307 ; *JCP* 1996, II, 22721, note J. Stoufflet ; *CCC* 1996, n° 182, 2^e arrêt, note L. Leveneur ; *RTD com.* 1996, p. 699, obs. M. Cabrillac ; *Deffrénois* 1996, p. 1363, obs. Ph. Delebecque, au sujet du contrat de prêt à taux d'intérêts variable ; Com., 17 juill. 2001, *Bull.*, IV, n° 142, pour le montant de l'indemnité due au cas de remboursement anticipé. Même si le pouvoir de fixation unilatérale ne se justifiait par aucun aléa, la solution resterait encore admissible, pour autant que l'objet de ce droit porte sur des éléments suffisamment circonscrits pour permettre au juge d'apprécier le caractère abusif de son exercice. Au-delà seulement, le contrat ainsi conclu serait nul pour indétermination de son objet (v. *supra*, n° 149).

(931) Pour la même raison que celle qui valait précédemment : si le pollicitant laissait trop d'éléments du contrat à la détermination unilatérale de l'acceptant, le juge ne serait pas mis en mesure de forcer à l'exécution de l'engagement, en sorte qu'une telle offre ne tendrait qu'à la conclusion d'un contrat affecté de nullité pour objet indéterminé (v. *supra*, note préc.).

dans tous les cas, et quelle que soit la qualité que s'attribueraient les parties, le premier déclarant sera toujours pollicitant, et le second toujours l'acceptant⁽⁹³²⁾.

Pour qu'une acceptation puisse être anticipée sans être disqualifiée, elle devra se donner à une offre préexistante et néanmoins suspendue dans son effet. À cette condition, son destinataire se trouvera empêché, un temps au moins, d'y adhérer, et exprimerait, faute de patienter, une acceptation hâtive. Il en ira toujours ainsi pour le temps que prendra la pollicitation à lui parvenir ; mais cette attente pourrait encore se prolonger si, l'offre reçue, celle-ci se trouvait suspendue à un terme ultérieur, destiné à garantir alors le mûrissement de son acceptation⁽⁹³³⁾. En sorte que, ce cas échéant, l'acceptant sera tenu de respecter un double délai, de réception d'une part (1), et de réflexion d'autre part (2).

1. Le délai de réception

238. Réception de l'offre et formation du contrat – Il est ici temps de rappeler que si l'offre, comme tout acte juridique, existe dès son émission, son effet, qui est de tendre à la formation d'un contrat, n'en est pas moins retardé à sa réception, puisque, sans cette dernière, aucun accord ne pourrait voir le jour⁽⁹³⁴⁾. La réception matérielle⁽⁹³⁵⁾ affecte ainsi la pollicitation comme un terme suspensif de sa validité⁽⁹³⁶⁾.

Mais la réception matérielle est elle-même susceptible de recouvrir deux termes bien différents selon que l'on a égard à la réception effective de la proposition ou au moment auquel le pollicitant l'estimait pouvoir être connue du pollicité. Car il se pourrait qu'une offre destinée à être rapidement reçue ne le soit finalement que bien plus tard, sinon jamais, et l'on imaginerait mal retarder alors d'autant sa validité. Dans l'hypothèse en effet où la pollicitation se sera perdue, opter pour le critère de la réception effective du support communiqué reviendrait à la priver indéfiniment de tout effet et à empêcher par conséquent son destinataire de l'accepter s'il venait incidemment à la connaître par quelque

(932) Pour autant évidemment que l'un et l'autre auront exprimé, comme ici, un consentement qui se voulait définitif. Comp. cep. Com., 21 janv. 2003, pourvoi n° 99-10787, qui estime que la banque avait « *manifesté son acceptation par anticipation* » du cautionnement ultérieurement fourni, alors même que tout indiquait en l'espèce qu'elle avait au contraire *exigé* cet engagement, en ayant d'ailleurs rédigé *l'instrumentum*. S'agit-il donc de comprendre que les juges viseraient par le terme générique d'« *acceptation* » tout consentement au contrat, même anticipé, même juridiquement qualifié de pollicitation ?

(933) Au moins lorsque ce délai supplémentaire est imposé par la loi. Mais l'acceptation demeurerait tout aussi inefficace dans tous les cas où l'offrant aura, de son propre chef, subordonné à un autre terme suspensif la validité de son offre (sur la portée du terme sur la validité même de l'offre, v. *supra*, n° 152, spéc. note 339). Comp. l'hypothèse de l'offre stipulée sous condition, qui ne s'oppose pas à la formation du contrat, elle-même soumise à la réalisation de cette condition : v. *supra*, n° 156.

(934) Sur cette nature réceptice de l'offre, v. *supra*, n° 161. Et sur la différence essentielle qui la sépare de ce point de vue de l'acceptation, v. *supra*, n° 214, spéc. note 703. Quant à l'examen de la solution valant pour l'acceptation, v. *supra*, n° 236.

(935) C'est-à-dire celle du support nécessaire à sa communication, par opposition à la réception juridique que constitue son acceptation (v. *supra*, *ibid.*), et peu important que ce support soit lui-même incorporel, comme il en irait notamment au cas d'offre verbale.

(936) Sur cet effet substantiel du terme appliqué à l'offre, v. déjà *supra*, n° 152, spéc. note 339.

autre biais. Et si la proposition, d'abord égarée, venait à réapparaître bien plus tard, ce serait peut-être pire : l'offrant risquerait de se voir alors obligé au titre d'une proposition dont il pourra avoir tout oublié. Aussi doit-on rationnellement s'en tenir à l'intention du pollicitant, matrice de tout engagement contractuel, et fixer le point de départ de la validité de l'offre, non à la réception effective de son support, ni même à la prise de connaissance de sa substance par quelque autre moyen, mais au moment qui aurait dû correspondre à cette réception dans l'esprit de son auteur⁽⁹³⁷⁾. Se trouve ainsi retenue une date intermédiaire entre celle du dessaisissement, qui s'imposerait à la seule aune de la personne du pollicitant, et celle de la réception effective, qui ne considérerait que l'intérêt de son destinataire⁽⁹³⁸⁾.

Dès lors, le délai de validité de l'offre stipulée par son auteur courant à l'instant de la réception attendue, son destinataire sera toujours en mesure de l'accepter dans ce délai s'il vient à la connaître autrement qu'en prenant réception de son support, mais il devra au moins attendre l'arrivée de ce terme suspensif pour y prétendre.

239. Portée de l'acceptation donnée avant réception – Si l'acceptation ne peut précéder l'existence de l'offre⁽⁹³⁹⁾, elle ne peut pas plus précéder son effet, c'est-à-dire l'existence d'une offre efficace. L'adhésion exprimée par celui qui aurait court-circuité l'acheminement normal de la proposition sera donc nulle pour objet juridiquement impossible, revenant à acquiescer à une offre encore dépourvue d'effet.

Si bien que, jusqu'à la réception attendue de la pollicitation, le contrat restera inexistant, et l'acceptant pourra librement rétracter son consentement. Il le pourrait quand bien même cette rétractation parviendrait à son destinataire après l'acceptation⁽⁹⁴⁰⁾ : seul importera qu'elle se soit exprimée avant que l'offre ait produit son effet⁽⁹⁴¹⁾. À défaut, on déduirait du silence conservé par l'acceptant sa volonté de s'en tenir à celle qu'il aura déjà manifestée⁽⁹⁴²⁾,

(937) V. en ce sens CO suisse, art. 5, § 2. Rapp. égal. PDEC, art. 1:303 (4), *in fine*. Chez les auteurs, v. par ex. R. MOREL, *op. cit.* (*supra*, note 39), p. 64 : « On peut considérer que l'offrant n'a entendu être lié que pendant le délai ayant pour point de départ l'arrivée normale de la lettre ».

(938) Ce qui n'interdit pas d'adopter à l'occasion une solution contraire. V. par ex. C. consom., art. L. 121-63, al. 2 : en précisant qu'il appartient au professionnel de faire la preuve de la réception de son offre de contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé, cette disposition opte pour la date de réception effective, par faveur pour le consommateur. Du reste, il en va nécessairement ainsi chaque fois que le destinataire bénéficie d'un délai de réflexion, sous peine de réduire celui-ci, voire de l'éliminer totalement, au cas de retard pris dans l'acheminement de l'offre (v. *infra*, n° 241).

(939) V. *supra*, n° 237.

(940) Comp. lorsqu'il s'agit de rétracter une acceptation efficace, *supra*, nos 218 et 219.

(941) Il ne s'agit ici que de revenir sur une déclaration encore dépourvue à cet instant de toute conséquence juridique, afin d'empêcher que l'on ne déduise l'acceptation de son silence ultérieur. Or, il suffit d'une déclaration, même restée inconnue de son destinataire, pour briser cette présomption.

(942) Sur le principe de cette présomption, v. déjà *supra*, n° 179, *in medio*, spéc. note 497. Relevons seulement que la présomption vaudra que l'acceptant ait su ou non que la pollicitation n'avait pas encore produit son effet. S'il a découvert, avant l'arrivée du terme suspensif de l'offre, que sa volonté avait été trop précocement déclarée, alors son acceptation tacite par le silence ultérieurement conservé jusqu'à ce terme n'est pas seulement plausible, elle est nécessaire : conscient de l'inefficacité juridique de sa première déclaration, et donc de la faculté qu'il avait de la reprendre, il faut bien conclure, s'il ne l'a pas fait, qu'il a voulu la maintenir. Mais même si, ignorant cette inefficacité temporaire de l'offre, l'acceptant s'était cru à tort irrévocablement

(suite p. suiv.)

et le contrat se formerait à l'instant où la pollicitation devait être reçue, même si elle ne l'est jamais ou seulement bien plus tard.

240. Applications – Des règles qui précèdent, il faut déduire que l'offre transmise par courrier postal au sein de la France métropolitaine ne devrait pouvoir, selon l'heure de remise, être acceptée au plus tôt que le lendemain ou le surlendemain de son expédition, date à laquelle le pollicitant aura pu estimer sa proposition susceptible d'être reçue par son destinataire. Il s'ensuit donc que l'intéressé qui aura été tenu entre-temps informé par un tiers de l'existence de l'offre ne manifesterait immédiatement qu'une acceptation à valoir pour le jour de la réception attendue de la missive. Adressée à l'étranger, ce délai s'allongerait alors de plusieurs jours. Où l'on voit par ce dernier exemple que l'on ne peut pas tenir pour principe que le pollicitant qui fixe un délai de validité à son offre ait visé un autre point de départ que le jour prévisible de sa réception : si ce délai de validité était d'une semaine, ou moins encore, il y aurait toutes les chances, à faire courir ce délai de l'expédition, que son offre ne puisse jamais être acceptée par un destinataire résidant à l'étranger⁽⁹⁴³⁾. Et l'on ne peut pas non plus, à l'inverse, retarder ce point de départ à la réception effective de l'acceptation sans risquer de méconnaître d'autant plus gravement son intention que celle-ci parviendrait avec un retard important à son destinataire.

Ce sont toujours les mêmes principes qui justifient que la pollicitation adressée à une personne indéterminée ne puisse recevoir aucune acceptation efficace avant le moment prévu pour sa diffusion. Dans l'hypothèse, ainsi, où quelques intéressés bien informés auraient répondu à une telle offre avant sa publication⁽⁹⁴⁴⁾, leur consentement ne vaudrait jamais que pour ce jour. Si bien que l'offrant qui aura reçu plusieurs acceptations anticipées à une proposition qui n'en appelait qu'une⁽⁹⁴⁵⁾ sera mis en mesure, et en demeure, de désigner son cocontractant parmi leurs auteurs, sans préséance d'antériorité.

Ainsi empêchée de former le contrat avant la réception attendue de l'offre, l'acceptation pourrait voir encore son effet neutralisé par l'écoulement d'un nouveau délai, de réflexion celui-là.

engagé, il est encore possible de présumer, *plerumque fit*, qu'il n'aurait probablement pas rétracté son acceptation, et de conclure identiquement à la constance de sa volonté jusqu'à la rencontre de l'offre parvenue à maturité. En ce dernier cas cependant, on lui laissera la possibilité d'établir le contraire, et d'échapper ainsi au contrat.

(943) Comp. pourtant LUFC, art. 8, § 2, et CVIM, art. 20, § 1, qui vont jusqu'à avancer ce délai à la date figurant sur le courrier. Or, il ne devrait en aller ainsi que pour autant que l'auteur précise que le délai de validité de son offre court « *à partir de ce jour* ». Quoi qu'il en soit, le pollicitant diligent veillera en pratique à indiquer une date d'expiration plutôt qu'un intervalle de temps.

(944) *E.g.* l'éditeur ou l'imprimeur d'un journal d'annonces.

(945) Comme il irait, par exemple, pour l'offre publique de vente d'un bien particulier.

2. Le délai de réflexion

241. Un frein à la précipitation – En l'absence de terme convenu ou prescrit par la loi, il importerait peu que l'acceptant retournât son adhésion sans avoir pris le temps de la réflexion, ni même celui de la lecture, dès lors que l'offre aura été normalement reçue. Établirait-il son fait que l'on présumerait encore sa volonté de s'engager sur l'essentiel, quoi que la proposition stipulât sur le détail⁽⁹⁴⁶⁾. C'est précisément pour lui éviter ce danger d'un acquiescement mal pesé qu'il lui sera parfois imposé de retenir un temps sa réponse.

S'il l'on admet qu'il s'agit, par ce délai de réflexion, d'affecter un nouveau terme suspensif à la pollicitation, on constatera que celui-ci se prescrit à présent en faveur de l'acceptant, en sorte que sa computation échappera ici à la seule prévision du pollicitant. Assurer le bénéfice de l'intégralité du délai de réflexion suppose en effet d'en fixer le point de départ, non plus au jour de la réception de l'offre tel qu'envisagé par son auteur, mais à celui de sa réception effective par son destinataire⁽⁹⁴⁷⁾. À défaut, le moindre retard de transmission s'imputerait sur le temps dédié à la réflexion de l'acceptant, au risque, le cas échéant, de l'en priver totalement.

Mais il faut plus pour garantir le sursis. Car la concurrence des deux délais de réception et de réflexion serait encore susceptible de réduire le second au profit du premier pour le cas où la période de validité stipulée par le pollicitant s'achèverait avant l'expiration du délai de réflexion⁽⁹⁴⁸⁾. Si bien que l'introduction de cet autre délai imposera, pour en assurer l'effet, d'attacher exceptionnellement à la validité de la proposition le même point de départ, tenant uniformément alors dans la réception effective plutôt que dans une réception simplement prévisible⁽⁹⁴⁹⁾.

Pour la même raison, aucune renonciation par son titulaire ne devrait pouvoir être admise en cours de délai⁽⁹⁵⁰⁾ : la solution contraire conduirait à déduire cette renonciation de l'acceptation retournée trop tôt et à priver ainsi le terme suspensif de tout effet. Même à exiger une renonciation sous forme expresse, rien n'empêcherait l'acceptant de céder encore à l'empressement contre la prudence : refuser la réflexion révélerait d'en avoir ainsi

(946) Il faudrait que l'acceptant n'ait pas disposé du temps suffisant à la compréhension de la pollicitation pour que l'on puisse estimer que son consentement n'a pas porté sur les stipulations restées pour cette raison ignorées. Pour la préférence accordée à l'attribution d'une faculté de rétractation en cette hypothèse, v. *supra*, n° 220, *in fine*.

(947) Il s'agit donc, en cela, de ce qu'il est convenu d'appeler un *terme incertain*. Comp. *supra*, n° 238, pour la fixation du point de départ du délai de réception à l'instant de la réception prévisible.

(948) Ce qui serait parfaitement concevable dans l'hypothèse, ici encore, d'un retard pris dans la transmission de la proposition, le point de départ du délai de réflexion (réception effective) ne correspondant plus avec celui, alors antécédent, du délai de validité de l'offre (réception prévisible).

(949) V. par ex. C. consom., art. L. 312-10 et L. 312-27 (issus de L. 79-596 du 13 juill. 1979), qui précisent tous deux, en leur premier alinéa, que la validité de l'offre soumise à un délai de réflexion court « à compter de sa réception » par l'emprunteur, la caution ou le preneur. V. égal. C. éduc., art. 444-8, al. 1^{er} (issu de L. 71-556 du 12 juill. 1971), en dépit d'une lettre visant la réception du contrat en lieu de celle de l'offre.

(950) V. not. en ce sens R. BAILLOD, art. préc. (*supra*, note 756), n° 18, p. 240 ; Ph. MALINVAUD, art. préc. (*supra*, note 748), p. 759 : « En bonne logique, il ne serait guère sérieux de permettre la renonciation au bénéfice de ce délai de réflexion, renonciation qui serait bien évidemment sollicitée par le professionnel contre lequel on entend protéger la partie supposée faible. La loi manquerait complètement son but si on admettait une telle possibilité. »

manqué, et manifesterait d'autant plus le besoin d'en bénéficier. La seule analyse de ce délai comme terme suspensif de l'offre suffit du reste à justifier que l'acceptant ne puisse dévêtir la proposition reçue de l'une de ses modalités⁽⁹⁵¹⁾. Réciproquement, on observe que, dans le but de préserver l'intérêt de la délibération, la loi joint volontiers aux délais de réflexion qu'elle instaure une interdiction faite au pollicitant de révoquer son offre⁽⁹⁵²⁾.

L'acceptation retournée avant l'arrivée du terme suspensif marquée par l'expiration du délai de réflexion demeurerait ainsi inefficace⁽⁹⁵³⁾ et le contrat resterait pour sa part inexistant⁽⁹⁵⁴⁾. Il n'est pas même sûr, de surcroît, que cette adhésion anticipée puisse servir de présomption de consentement pour le jour où celui-ci deviendra possible⁽⁹⁵⁵⁾ : l'objet du délai de réflexion paraît imposer en effet que l'acceptation ne se déclare formellement qu'une fois la période de délibération écoulée, quand bien même s'exprimerait-elle alors tacitement par la réalisation du paiement attendu⁽⁹⁵⁶⁾. Puisqu'il s'agit de considérer que le contractant n'a pas suffisamment médité la réponse trop tôt retournée, on ne peut pas prêter à celle-ci la moindre portée sous peine de l'obliger, pour revenir sur sa première intention, à se prononcer à nouveau par une déclaration que l'on réputera encore aussi peu réfléchie.

Sous tous ces traits, le délai de réflexion se distingue donc nettement du délai de rétractation avec lequel on le confond parfois⁽⁹⁵⁷⁾. Leur différence recèle au fond une

(951) Comp. lorsque la formation du contrat supporte, plutôt qu'un délai de réflexion lié à l'offre, un délai de rétractation attaché à l'acceptation : la nature de cette autre modalité ne fait plus obstacle alors à la renonciation de son titulaire. V. *supra*, n° 221, *in fine*.

(952) V. not. C. consom., art. L. 312-10 et L. 312-27, qui obligent les professionnels auteurs d'une offre de prêt ou de bail « à maintenir les conditions qu'elle indique pendant une durée minimale de trente jours ». V. égal. L. 84-595 du 12 juill. 1984, art. 23, al. 1^{er}, d'après lequel la notification du projet de contrat de location-accession contraint le vendeur à maintenir son offre jusqu'au terme d'un délai de réflexion d'un mois. Pour l'admission de cette solution en principe, v. D. FERRIER, « Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants », D. 1980, chr., pp. 177-188, spéc. n° 33, p. 182.

(953) V. ainsi l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, art. 1110-2, al. 2 : « Le délai de réflexion est celui jusqu'à l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut consentir efficacement au contrat. »

(954) En ce sens, v. par ex. G. TAORMINA, *op. cit.* (*supra*, note 386), n° 214, p. 281 : « Nous pensons pour notre part que, ce consentement étant irrecevable, le contrat doit plutôt être considéré comme n'ayant jamais accédé à l'existence juridique. »

(955) V. en ce sens C. mon. et fin., art. L. 341-16, IV, al. 3, malgré une rédaction là encore captieuse : « Le silence de la personne démarchée à l'issue de l'expiration du délai de réflexion ne peut être considéré comme signifiant le consentement de celle-ci. »

(956) Les solutions retenues en jurisprudence tendent à admettre en effet cette acceptation ultérieure par commencement d'exécution : v. *infra*, n° 242, spéc. note 966.

(957) V. par ex. J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 7^e éd., Dalloz, 2006, n° 114, p. 127, l'index de l'ouvrage ne comportant du reste, sur cette question, que l'entrée *Délai de réflexion*, laquelle renvoie aussi bien aux délais de réflexion *proprio sensu* qu'aux délais de rétractation. Ou encore Y. PICOD et H. DAVO, *Droit de la consommation*, A. Colin, 2005, n° 86, p. 50 ; mais pour la distinction cep., v. *ibid.*, n° 200, *in fine*, p. 118. La loi elle-même entretient la confusion : v. ainsi C. consom., art. L. 121-26, al. 1^{er}, qui vise le « délai de réflexion » prévu à l'article précédent, alors que celui-ci prévoit un délai de rétractation. Il n'est d'ailleurs pas sûr que nos codes à venir soient beaucoup plus précis, si l'on s'en tient du moins à l'article 1110-2 de l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription remis au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005, dont l'alinéa 1^{er} sert assez mal l'effort taxinomique réalisé aux alinéas suivants en disposant d'emblée que le consentement précéderait la réflexion aussi bien que le repentir : « Dans certaines conventions déterminées par la loi, le consentement ne devient définitif et irrévocable qu'à l'expiration d'un délai de réflexion ou de repentir. » Il est vrai que, à titre fonctionnel, le délai de rétractation permet aussi la réflexion, a

(suite p. suiv.)

parfaite antinomie : alors que le droit de rétractation accordé à l'acceptant intervient sur un consentement déjà donné, même sous condition⁽⁹⁵⁸⁾, le délai de réflexion s'impose préalablement à ce consentement, qu'il retient *a priori*, de telle sorte que le silence de l'intéressé sera doté d'une portée exactement contraire. Par ce renversement d'approche, le délai de réflexion contraint bien plus strictement la liberté contractuelle que ne le faisait le délai de rétractation : il ne s'agit plus à présent d'accorder à l'une des parties la possibilité de reprendre *ex post actu* le consentement donné à un contrat librement formé, mais bien de régler *ex ante*, et pour les deux parties, le processus de formation de leur accord. Assurant ainsi un degré supérieur de protection à la volition de l'acceptant, cette tout autre technique se réserve aux engagements les plus conséquents⁽⁹⁵⁹⁾.

Tel serait du moins le régime de l'acceptation soumise à un délai de réflexion si la Cour de cassation n'avait pas cru devoir céder, ici comme ailleurs, à l'attraction toute contemporaine exercée par la nullité relative sur les sanctions des conditions de formation des contrats.

242. Le dévoiement de la jurisprudence – La *ratio juris* du délai de réflexion, tout entier tendu vers la protection de l'intérêt de l'acceptant, pourrait justifier, de prime abord, de le soumettre à une autre analyse pour préférer y voir, plutôt qu'un terme suspensif de l'offre, un instrument de contrôle de l'intégrité du consentement de l'intéressé. Il s'agirait alors de poser pour droit que l'acceptation précipitée manifesterait le vice du consentement de son auteur, en sorte que la méconnaissance du délai de réflexion conférerait à l'acceptant la possibilité de revenir sur sa déclaration au moyen d'une action en annulation. Le contrat serait ainsi atteint d'une simple nullité relative plutôt que d'une inexistance radicale⁽⁹⁶⁰⁾.

Telle paraît bien être en effet la conception de la Cour de cassation, qui juge que l'acceptation retournée trop tôt ouvre à son auteur une action en nullité relative⁽⁹⁶¹⁾. Mais l'analyse reste toutefois incertaine, n'étant parallèlement reconnue à l'acceptant aucune

posteriori, de l'acceptant, et que, de ce point de vue, le délai de rétractation constitue toujours, en quelque sorte, un délai de réflexion. Mais à employer cette expression dans un sens aussi large, on se prive de toute autre pour désigner le délai de réflexion *stricto sensu*, lequel, pourtant, se distingue tout à fait du délai de rétractation. Pour une claire distinction, v. tout de même C. mon. et fin., art. L. 341-16, qui instaure d'abord un « délai de rétractation » de quatorze jours avant de lui adjoindre un « délai de réflexion » de quarante-huit heures, lequel précède alors l'acceptation de la personne démarchée dans le but d'obtenir sa souscription à un service financier.

(958) V. *supra*, n° 221.

(959) Comp. ainsi la formation du contrat de crédit immobilier, soumise à un délai de réflexion de dix jours (C. consom., art. L. 312-10), avec celle du contrat de crédit à la consommation, qui n'offre plus à l'acceptant qu'un délai de rétractation. La récente réforme du crédit à la consommation a toutefois jeté le trouble dans cette gradation des emprunts, en portant le délai de rétractation du crédit à la consommation de sept jours (art. L. 311-15 anc.) à quatorze jours (art. L. 311-12 nouv., rédact. L. 2010-737 du 1^{er} juill. 2010), soit désormais plus que le délai de réflexion n'en offre pour le crédit immobilier.

(960) C'est bien au moyen d'un raisonnement présomptif de ce genre que l'on peut sanctionner par la nullité relative la plupart des conditions de forme auxquelles sont assujettis les contrats de consommation.

(961) V. not. 1^{re} civ., 27 févr. 2001, *Bull.*, I, n° 48 ; D. 2001, AJ, p. 1388, obs. V. Avena-Robardet ; 9 juill. 2003, *Bull.*, I, n° 170 ; D. 2003, AJ, p. 2008 ; Dr. *et* Patr., nov. 2003, p. 85, obs. P. Chauvel ; RTD com. 2003, p. 794, obs. D. Legeais ; 12 juill. 2005, préc. (*supra*, note 853).

possibilité de couvrir le vice de son consentement par confirmation⁽⁹⁶²⁾. Curieuse nullité relative, en somme, que celle qui ne permet pas à son titulaire de renoncer à son action avant l'écoulement du délai de prescription, en pleine contradiction avec l'article 1338 du Code civil... Ce qu'il lui est offert, c'est de *réitérer* son consentement, c'est-à-dire, au sens strict, d'en exprimer un nouveau, dans le même sens, mais sans effet sur le précédent⁽⁹⁶³⁾. Cette réitération, à la différence de la confirmation, ne vaut que pour le jour où elle est émise : dépourvue de toute portée rétroactive sur le consentement initialement déclaré, son objet est de constituer un nouvel accord⁽⁹⁶⁴⁾.

Voici donc une solution prétorienne qui autorise l'acceptant à conclure un second contrat alors que le premier, affecté d'une simple nullité relative, attend toujours son action pour disparaître... On peut certes toujours estimer que le consentement donné à une nouvelle convention vaudrait révocation tacite de la précédente⁽⁹⁶⁵⁾, mais n'aurait-il pas été plus simple, en ce cas, d'admettre que la première acceptation, hâtive, n'avait produit aucun effet, plutôt que s'interroger ainsi sur l'articulation improbable de deux accords successifs ? La question se pose d'autant plus légitimement que la nullité relative ne développe en l'occurrence aucune des conséquences qu'on lui attache ordinairement, en sorte qu'elle ne répond, de fait, à aucun intérêt.

Le premier de ces attributs n'existe plus aujourd'hui. Il résidait dans le délai quinquennal dont relevait seule la prescription de l'action en nullité relative (C. civ., art. 1304), par exclusion du délai de prescription trentenaire de droit commun (art. 2262 anc.). Sur ce point en effet, la réforme du droit de la prescription opérée par la loi du 17 juin 2008 est venue aligner la prescription de droit commun sur ce même délai de cinq ans (C. civ., art. 2224 nouv.), et assujettir de surcroît toute action en nullité au même article 1304 nouveau. Mais surtout, même lorsque cette division était encore de droit positif, la Cour de cassation l'avait de toute façon privée de toute portée en interdisant à l'acceptant de se prévaloir, même par exception, de la nullité du contrat qu'il avait déjà commencé à exécuter⁽⁹⁶⁶⁾. Par cette solution, toujours en vigueur, le délai d'action de l'emprunteur (C. consom., art. L. 312-10), de sa caution (*ibidem*) ou du locataire (art. L. 312-27) se trouve

(962) V. par ex. 1^{re} civ., 30 mars 1994, *Bull.*, I, n° 130 ; CCC 1994, n° 129, note L. Leveneur. Rapp. encore 1^{re} civ., 9 déc. 1997, *Bull.*, I, n° 368.

(963) En faveur de cette réitération *stricto sensu* : 1^{re} civ., 18 janv. 2000, pourvoi n° 97-20750, qui énonce que « si le caractère d'ordre public des dispositions du premier des textes susvisés [C. consom., art. L. 312-10], s'oppose à ce que l'irrégularité de l'acceptation faite moins de dix jours après la réception d'une offre de prêt immobilier puisse être couverte par une confirmation, aucune disposition légale n'interdit à l'emprunteur de renouveler son acceptation après expiration de ce délai ». Ce disant, la Cour de cassation biffe donc d'un trait la distinction qui oppose ordre public de direction et ordre public de protection, assimilant le second au premier. En même sens, depuis : 1^{re} civ., 5 déc. 2006, pourvoi n° 05-18576.

(964) Sur cette différence, v. déjà *supra*, n° 158, spéc. note 387.

(965) Par *mutuus dissensus* des parties au moins, paraissant plus difficile d'admettre, en l'état du droit positif, que le titulaire de l'action en nullité relative puisse mettre en œuvre son droit de critique par simple notification, informelle qui plus est.

(966) Ainsi jugé, dans l'application toujours de l'article L. 312-10, alinéa 1^{er}, du Code de la consommation : 1^{re} civ., 9 nov. 1999, *Bull.*, I, n° 298 ; JCP 2000, II, 10035, note Ch. Seraglini ; CCC 2000, n° 70, note G. Raymond.

pratiquement réduit de cinq années à un mois, date de la première échéance du versement exigé⁽⁹⁶⁷⁾.

Quant à la titularité de l'action en nullité relative, réservée par nature au seul contractant dont le consentement a été vicié, et qui a pour principal intérêt de le délivrer alors de la menace d'un anéantissement provoqué par un autre que lui, cocontractant ou tiers au contrat, il se trouve que la réitération de l'acceptation assure le même résultat. L'acceptant qui aura exprimé trop tôt son adhésion dispose toujours en effet de la durée de validité de l'offre pour renouveler son consentement, lequel scellera finalement et valablement son engagement. Cette réitération mettra ainsi obstacle à toute action intentée contre le contrat hâtivement accepté, celle-ci se heurtant, selon l'analyse, à une convention d'ores et déjà anéantie ou définitivement consolidée⁽⁹⁶⁸⁾.

Dans ces conditions, on perçoit mal la raison pour laquelle la Cour de cassation qualifie de relative la nullité qui affecterait le contrat trop tôt accepté, alors que la lettre même de l'article L. 312-10, alinéa 2, du Code de la consommation, reprise à l'article L. 312-27, paraît inviter son interprète à soustraire la méconnaissance du délai de réflexion à la tutelle exercée par la nullité relative sur le droit de la consommation.

D'autant que, si cette sanction est inutile une fois l'exécution du contrat entamée, elle produit un effet particulièrement fâcheux en l'absence de paiement, revenant à conférer factuellement à l'acceptant un pouvoir de rétractation pendant toute la durée du délai de prescription de son action. Le bénéficiaire aura beau jeu de se ménager ainsi une telle faculté en retournant trop tôt son acceptation, et de soumettre alors son cocontractant à ce droit potestatif. D'un point de vue purement technique, cette solution méconnaît, au moins dans leur régime, la différence de nature qui sépare le délai de réflexion du délai de rétractation.

Si bien que c'est l'identité même du délai de réflexion qui, en définitive, commande sa qualification comme terme suspensif de la pollicitation, et sa sanction par l'inexistence de la convention. En cela, l'acceptation trop tôt retournée produit donc aussi peu d'effet que si elle avait été tardivement exprimée.

(967) Et le constat vaut tout autant, ou à peu de chose près, pour l'élève signant un contrat d'enseignement à distance (C. éduc., art. L. 444-8, al. 1^{er}), pour l'acquéreur d'un immeuble par location-accession (L. 84-595 du 12 juill. 1984, art. 23, al. 1^{er}) ou d'un immeuble à usage d'habitation en l'absence de contrat préliminaire à l'acte authentique (C. constr. et hab., art. L. 271-1, dern. al.), pour le cessionnaire d'un nom commercial débiteur d'un engagement d'exclusivité (C. com., art. L. 330-3, al. 4), ou encore pour le souscripteur d'un service financier qui céderait à un démarchage (C. mon. et fin., art. L. 341-16, IV, qui réduit d'ailleurs la période de réflexion à quarante-huit heures).

Si l'on comprend bien que, conformément à l'article 1338 du Code civil, le paiement puisse valoir confirmation, il faudrait peut-être veiller à ce que celui-ci manifeste effectivement une telle volonté et n'intervienne pas en particulier dans la croyance erronée de son auteur de devoir exécuter une obligation à laquelle il se trouverait irrévocablement tenu, sous peine de dessaisir injustement le contractant protégé de son droit d'action.

(968) L'action du pollicitant lui-même achopperait sur cette réitération de l'acceptation. Pour la surmonter, il devra la précéder, et révoquer son offre avant que son destinataire ne l'accepte à nouveau, ce qui suppose qu'elle ne soit pas soumise à une période d'irrévocabilité (v. *supra*, *eod. num.*, spéc. note 952).

C - L'ACCEPTATION TARDIVE

243. De l'intérêt d'accepter rapidement – L'adhésion du destinataire demeurerait tout aussi inefficace à former le contrat si elle se déclarait après la disparition de la pollicitation. Il en ira ainsi dans trois hypothèses, selon que la proposition aura perdu l'une des conditions de son efficacité, qu'elle aura été reprise par son auteur, ou qu'elle aura déjà rencontré la volonté d'un contractant. L'acceptation sera donc tardive en cas d'offre caduque (1), d'offre révoquée (2) ou d'offre acceptée (3).

1. L'offre caduque

244. Les causes de caducité de l'offre – Comme tout acte juridique, l'offre devient caduque au cas de disparition de l'une de ses conditions d'existence ou de validité⁽⁹⁶⁹⁾.

Les causes de caducité attachées à l'existence de la pollicitation peuvent tenir soit à la personne du déclarant soit à un événement qui aura conditionné sa volonté. Les premières, relatives à la source même de la volonté, ont déjà été étudiées : elles concernent la perte de personnalité juridique du pollicitant⁽⁹⁷⁰⁾ ou celle de sa conscience juridique⁽⁹⁷¹⁾. Il a alors été démontré que la volonté nue ne peut subsister sans auteur pour support, et que le décès de l'offrant constitue en cela un empêchement dirimant à la rencontre ultérieure des consentements⁽⁹⁷²⁾. Pour une raison similaire, l'abolition durable de la conscience du déclarant interdit de continuer à lui imputer sa volition : dès lors qu'il n'en saisit plus les termes et est devenu inapte à la révoquer, il n'est plus possible de comprendre encore son silence comme signifiant son intention de maintenir sa proposition⁽⁹⁷³⁾. Dans un cas comme dans l'autre, cette disparition de la personne du pollicitant ou de sa conscience juridique prive bien la pollicitation de l'une de ses conditions d'existence et l'anéantit ainsi par caducité⁽⁹⁷⁴⁾. Hors la personne de l'auteur, source de la volonté, la disparition d'une condition d'existence de l'offre pourra également intervenir en aval, pour une cause relative à son objet. L'hypothèse vise en particulier l'offre de contrat conditionnel, comme telle

(969) Pour cette dualité des causes de caducité, v. not. l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, art. 1131, al. 1^{er} : « *La convention valablement formée devient caduque par la disparition de l'un de ses éléments constitutifs ou la défaillance d'un élément extrinsèque auquel était subordonnée son efficacité.* » Chez les auteurs, v. par ex. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.* (*supra*, note 19), n° 82, 3°, p. 101.

(970) V. *supra*, n° 77.

(971) V. *supra*, n° 106.

(972) Pour qu'une proposition survive au décès de son auteur, elle devra avoir été stipulée spécialement transmissible : v. *supra*, n° 77, spéc. note 492.

(973) V. *supra*, n° 106. Mais la seule incapacité, c'est-à-dire l'ouverture d'un régime de protection légale du pollicitant, ne suffit pas à invalider l'offre antérieurement émise, pas plus qu'elle ne l'empêche d'en exprimer une nouvelle : v. *supra*, n° 77, spéc. note 490. Même une incapacité de jouissance n'affecterait que la validité du contrat proposé, et non celle de la proposition elle-même : v. *supra*, n° 164, spéc. note 411.

(974) Le décès ou l'aliénation mentale du destinataire, en revanche, ne devraient pouvoir affecter la validité du contrat que pour autant que l'offre aurait été émise *intuitu personae*, au même titre alors que toute autre modification des qualités essentielles de la personne du cocontractant (v. *supra*, n° 82, spéc. note 560).

suspendue au même événement : la défaillance de la condition suspensive entraîne la caducité de la pollicitation non acceptée aussi bien que, après acceptation, celle du contrat lui-même⁽⁹⁷⁵⁾.

Au contraire de ses conditions d'existence, l'offre ne partage pas ses conditions de validité avec celles du contrat : la disparition avant acceptation de l'objet ou de la cause de l'obligation n'empêchera pas la conclusion de l'accord, même atteint de nullité absolue⁽⁹⁷⁶⁾. Pour que la pollicitation tombe par caducité, il faudra qu'elle succombe par l'une de ses conditions propres de validité. Or, parmi celles-ci, seule l'expiration du délai pour lequel elle aura été stipulée pourrait avoir cet effet, les interdictions d'émettre une proposition contractuelle n'ayant ordinairement aucune incidence sur les offres déjà exprimées⁽⁹⁷⁷⁾. Quant au refus, il n'est lui-même qu'une anticipation par le destinataire du terme extinctif de la pollicitation et entraîne donc la caducité de l'offre pour la même raison⁽⁹⁷⁸⁾.

245. L'expiration du délai de validité – Comme son terme suspensif, le terme extinctif de la proposition affecte nécessairement sa validité même, en ce que celle-ci

(975) Sur cette inclusion nécessaire de la condition suspensive du contrat à l'offre qui le précède, v. déjà *supra*, n° 156, spéc. note 356.

(976) Sur ce point, v. *supra*, n° 162. En décider autrement reviendrait à hypertrophier le domaine de l'inexistence aux dépens de celui de la nullité, alors réduit à rien : l'absence ou l'illicéité de l'objet ou de la cause et, au-delà, toute méconnaissance d'une condition supplémentaire de fond ou de forme, anéantiraient l'offre avant son acceptation et mettraient ainsi obstacle à la formation même du contrat. *Contra* pourtant, estimant que la disparition de l'objet de la vente avant acceptation emporte caducité de l'offre du vendeur : R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, préc. (*supra*, note 101), n° 560 *bis*, p. 193 ; Y. BUFFELAN-LANORE, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, th. Toulouse, 1961, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 43, 1963, p. 69 ; J.-L. AUBERT, *op. cit.* (*supra*, note 97), n° 255, p. 230.

(977) Que le pollicitant soit par la suite interdit de contracter en son nom propre ou pour le compte d'un autre, seul importera qu'il ait disposé de ce pouvoir au jour de sa déclaration. Sur ces empêchements particuliers, v. *supra*, n° 163 et s.

(978) En ce sens, v. par ex. 3^e civ., 9 déc. 1987, pourvoi n° 86-14767 ; 1^{re} civ., 6 janv. 2011, pourvoi n° 09-71201. Rapp. C. civ., art. 1043 : « *La disposition testamentaire sera caduque, lorsque l'héritier institué ou le légataire la répudiera* ». *Adde* C. civ. Québec, art. 1392, al. 1^{er}, *in fine* ; *Restatement Second on contracts*, § 38 (1). Et en doctrine : A. COHEN, *op. cit.* (*supra*, note 86), p. 129 ; M. DE LABARRE, art. préc. (*supra*, note 242), p. 42 ; J.-L. AUBERT, *op. cit.* (*supra*, note 97), n° 260, p. 233 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.* (*supra*, note 119), n° 144, p. 113 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.* (*supra*, note 19), n° 115, p. 127 ; J. GHESTIN, *La formation du contrat*, préc. (*supra*, note 62), n° 328, p. 292, *in fine* ; R. CHAABAN, *La caducité des actes juridiques*, th. Paris II, 2003, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 445, 2006, n° 237, p. 215. Il en résulte notamment que l'auteur du refus ne pourra pas revenir sur celui-ci pour prétendre conclure finalement le contrat. Une telle rétractation ne pourrait opérer que si elle parvenait au pollicitant avant ou en même temps que le rejet lui-même : v. *supra*, n° 212, *in fine*.

Encore cette caducité ne se justifie-t-elle que pour l'offre à personne déterminée. Car, pour toute offre faite au public, il semble bien évident que le refus manifesté par l'un quelconque de ses destinataires n'aura aucun effet sur la validité de la pollicitation, qui demeurera à l'égard des autres intéressés. Il est dès lors possible de déduire de cette persistance de la proposition que celui qui l'aura d'abord rejetée pourrait encore l'accepter par la suite, tant que tous ne l'auront pas déjà refusée. En ce sens, au sujet de l'offre électronique, v. D. NOGUÉRO, art. préc. (*supra*, note 628), p. 58. On ne voit pas en effet qu'un consommateur qui aurait – certes curieusement – fait connaître à un commerçant qu'il n'acceptera jamais sa proposition se trouverait empêché d'y adhérer néanmoins. *Contra* cep. : J.-L. AUBERT, *op. cit.* (*supra*, note 97), n° 252, pp. 227-228, qui estime que le refus d'une offre impersonnelle fait tomber cette offre à l'égard du déclarant, comme par déchéance.

constitue précisément le seul effet, latent, de l'offre de contrat⁽⁹⁷⁹⁾. C'est ce rapport qui justifie que l'arrivée de ce terme fasse tomber la pollicitation par caducité⁽⁹⁸⁰⁾.

En l'absence de disposition légale imposant un délai de validité préfix⁽⁹⁸¹⁾, ce délai est toujours celui voulu par le pollicitant⁽⁹⁸²⁾. C'est à ce titre qu'intervient la notion de *délai raisonnable* : il ne s'agit pas de suppléer par son biais la volonté silencieuse de l'auteur de l'offre mais, tout au contraire, de la découvrir, par présomption. Ce en quoi ce caractère raisonnable s'appréciera toujours du point de vue de l'auteur, quels que soient les éléments de fait invoqués à cette fin : la nature du contrat, les usages en cours dans le milieu considéré, ceux prévalant entre les parties, ou toutes autres circonstances, ne serviront qu'à saisir l'intention tacite du pollicitant⁽⁹⁸³⁾. On pourra bien avoir encore égard sur cette

(979) Sur quoi, v. déjà *supra*, n° 152, spéc. note 339. La jurisprudence analyse bien comme un terme extinctif l'expiration du délai de validité de l'offre : v. par ex. 3^e civ., 25 mai 2005, *Bull.*, III, n° 117 ; *JCP* 2005, I, 172, n° 1, obs. P. Grosser ; *D.* 2005, pan., p. 2837, obs. S. Amrani Mekki ; *RDC* 2006, p. 311, obs. D. Mazeaud.

(980) V. par ex. TGI Paris, 12 févr. 1980, *D.* 1980, SC, p. 261. Rapp. au sujet d'une promesse unilatérale de vente : 3^e civ., 1^{er} mars 2005, pourvoi n° 03-20236. Et pour un exemple légal, v. la loi n° 75-1351 du 31 déc. 1975 relative à la protection des occupants de locaux à usage d'habitation, art. 10-1, I, A, al. 5, *in fine*, rédact. L. 2006-685 du 13 juin 2006.

(981) V. par ex. C. rur., art. L. 412-8, al. 3, selon lequel le preneur à bail rural dispose de deux mois pour accepter l'offre de vente qui lui serait communiquée par son bailleur en vertu de son droit de préemption.

(982) Même si, là encore, la loi l'oblige parfois à préciser ce délai : v. ainsi C. consom., art. L. 121-18, al. 1^{er}, 5^o, pour les contrats de consommation conclus à distance.

(983) L'idée de ce délai raisonnable est apparue assez tôt. V. ainsi, pour le droit anglais : *Ramsgate Victoria Hotel & Co Ltd vs. Montefiore*, 1866. Et en France : Paris, 12 juin 1869, *DP* 1870, II, p. 6 : « l'offre faite par correspondance, alors même qu'elle ne porte l'indication d'aucun délai pour l'acceptation ou le refus [n'engage pas] son auteur au-delà du temps moralement nécessaire pour que celui à qui elle a été adressée examine la proposition faite et y fasse sa réponse » ; confirmé par Req., 28 févr. 1870, *S.* 1870, I, p. 296 ; *DP* 1871, I, p. 61 ; Req., 27 juin 1894, *DP* 1894, I, p. 432 ; *S.* 1898, I, p. 434. V. encore récemment 2^e civ., 20 mai 2009, *Bull.*, II, n° 118 (*RDC* 2009, p. 1325, obs. Y.-M. Laithier), qui censure une cour d'appel pour ne pas avoir recherché « si l'acceptation était intervenue dans le délai raisonnable nécessairement contenu dans toute offre de vente non assortie d'un délai précis ». Elle est désormais partagée par la plupart des instruments juridiques internationaux : v. not. *LUFC*, art. 8, § 1 ; *CVIM*, art. 18, § 2 ; *Principes Unidroit*, art. 2.1.7 ; *PDEC*, art. 2:206. V. également, outre-Atlantique, *Restatement Second on contracts*, § 41. Et rapp. encore *BGB*, § 147 (2) ; ou C. civ. italien, art. 1326, al. 4.

Pour cette appréciation subjective du délai raisonnable, v. déjà *CA Bordeaux*, 29 janv. 1891, *DP* 1892, II, p. 390, qui se fonde notamment sur l'intérêt du proposant rapporté aux usages du marché vinicole en période de vendanges pour en déduire que le délai de validité de l'offre de ce vendeur ne pouvait dépasser vingt-quatre heures. V. encore depuis : 3^e civ., 8 févr. 1968, *Bull.*, III, n° 52, au sujet d'une proposition indiquant qu'elle devait être rapidement acceptée ; 10 mai 1972, *Bull.*, III, n° 297 (*RTD civ.* 1972, p. 773, obs. Y. Loussouarn), qui observe que, selon les juges du fond, le pollicitant « ne pouvait raisonnablement prévoir que le [destinataire] ne répondrait qu'après un délai de dix mois à la lettre contenant ses dernières prétentions, bien qu'il eût précisé attendre une prompt réponse » ; Com., 6 févr. 1973, *Bull.*, IV, n° 65 ; 3^e civ., 20 mai 1992, *Bull.*, III, n° 164 (*D.* 1992, SC, p. 397, obs. J.-L. Aubert ; *D.* 1993, p. 493, note G. Virassamy ; *RTD civ.* 1993, p. 345, obs. J. Mestre), qui retient, pour rejeter le pourvoi, que la cour d'appel avait relevé « qu'il résultait des termes de l'offre faite par [le vendeur] que la volonté de celui-ci était de réaliser à bref délai son projet de vente, au besoin en recherchant d'autres acquéreurs, et constaté que [l'acceptant] ne lui avait fourni aucune réponse dans un délai raisonnable ». La même approche est consacrée outre-Rhin : v. *BGB*, § 147 (2).

D'après l'article 1105-2 de l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription remis au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005, ce délai raisonnable aurait toutefois pour seul effet de rendre au pollicitant le droit de révoquer son offre, celle-ci demeurant *ad perpetuam* en l'absence de toute nouvelle déclaration de sa part. Outre qu'elle implique de voir dans toute offre de contrat un engagement irrévocable, en contradiction encore avec le droit positif (v. *infra*, n° 247), une telle solution permettrait donc à celui qui redécouvrirait bien des années plus tard une proposition oubliée de son auteur de la lui opposer néanmoins. D'un point de vue purement économique, tout pollicitant se trouverait ainsi tenu de se déclarer deux fois, et, pour les professionnels, de tenir le compte des offres en cours, et de leurs révocations, sous peine de cumuler rapidement les dommages-intérêts...

question à la croyance légitime du destinataire, il ne s'agira jamais que de juger à l'aide de ce même critère s'il lui était légitime de croire que l'auteur de l'offre ait pu vouloir un tel délai⁽⁹⁸⁴⁾.

Pour s'opposer à l'effet constitutif de l'acceptation reçue, le pollicitant arguant de la caducité de son offre n'aura ainsi qu'à faire la preuve de la date d'émission de sa proposition, de laquelle on déduira la date de réception attendue et, de là, celle marquant l'expiration du délai de validité. Peu importera que son destinataire établisse ne l'avoir reçue que bien plus tard, sinon jamais : la computation du délai de validité de l'offre ne court que du jour de sa réception prévisible et non de sa prise de connaissance effective⁽⁹⁸⁵⁾. À cet autre bout, le pollicitant laissera encore s'écouler un délai ordinaire d'acheminement d'une éventuelle acceptation pour pouvoir conclure à la caducité de sa proposition.

Un certain nombre de systèmes pose toutefois pour règle que l'offre verbale serait réputée ne pouvoir être acceptée que sur le vif, de telle sorte qu'elle tomberait par caducité dès séparation des interlocuteurs⁽⁹⁸⁶⁾. Or une telle présomption apparaît à l'examen assez peu utile, tant il semble évident que tout dépendra en réalité des circonstances : il est improbable, par exemple, qu'une offre, même verbale, de vente d'immeuble ou de cession de fonds de commerce puisse obliger son destinataire à se prononcer dans l'instant. De toute façon, on voit mal comment la question pourrait même se poser, l'hypothèse postulant que ce destinataire n'ait émis aucune réponse à la proposition qui lui a été faite, alors que, pratiquement, l'interlocuteur qui souhaite réfléchir demandera un délai au pollicitant, lequel le lui accordera ou non. Si bien qu'à aucun moment ne se posera la question de savoir si l'offre oralement déclarée est, ou non, tombée par caducité. Et si même la conversation devait brusquement tourner court, il est encore parfaitement douteux que l'intéressé ne pût rappeler son correspondant pour lui communiquer son acceptation. Il est d'autres critères pour présumer le caractère immédiat de la pollicitation⁽⁹⁸⁷⁾.

246. L'acceptation d'une offre caduque – Déclarée après expiration du terme extinctif de l'offre, l'acceptation resterait dépourvue de tout effet : atteinte de nullité pour objet juridiquement impossible, elle ne tendrait qu'à un contrat inexistant.

(984) Au point que si le pollicitant stipulait un délai manifestement trop court pour permettre l'acceptation de son destinataire, il faudrait déduire que sa proposition n'aura valu que *pro forma*, sans intention véritable de s'engager. Une telle offre ne serait alors pas seulement caduque mais proprement inexistante pour réserve de non-engagement absolu (v. *supra*, n° 154).

(985) Sur cette prévalence de la réception prévisible sur la réception effective, v. déjà *supra*, n° 238. Et pour son application à la question de la caducité de l'offre, v. M. DURMA, *op. cit.* (*supra*, note 52), n° 419, pp. 479-480. Tout au plus s'interrogerait-on, par exemple, si le pollicitant se déclarait en plein mois d'août à l'adresse d'un destinataire susceptible d'avoir pris congé.

(986) En ce sens : BGB, § 147 (1) ; CO suisse, art. 4, § 1 ; NBW, art. 6:221 (1) ; C. civ. brésilien, art. 428, I ; LUFC, art. 8, § 1, *in fine* ; CVIM, art. 18, § 2, *in fine* ; Avant-projet de Code européen des contrats, Académie des privatistes européens, dir. G. Gandolfi, Pavie, 2001, art. 11.

(987) Tels que la nature périssable du bien proposé, celle éphémère du motif déterminant la conclusion du contrat, etc.

Mais, retournée trop tard, la volition de l'acceptant pourra toujours valoir offre nouvelle de contrat et permettre ainsi à son destinataire de conclure finalement la convention en réitérant son consentement⁽⁹⁸⁸⁾. Afin de s'en tenir néanmoins au plus près de l'intention de l'acceptant, l'accord se formera avec ou sans rétroactivité au jour de l'acceptation tardive selon que son auteur aura ignoré ou non la caducité de l'offre à laquelle il aura répondu. Le cas échéant, l'acceptant qui aura légitimement cru la sollicitation toujours valable disposera de la faculté de se prévaloir de la théorie de l'apparence pour forcer à la formation de l'engagement nonobstant la caducité de l'offre⁽⁹⁸⁹⁾. Seule une cause d'invalidation relative à la personne même de l'offrant empêcherait l'acceptant de se prévaloir du bénéfice de sa croyance légitime, dressant alors un obstacle irréductible à l'existence du contrat⁽⁹⁹⁰⁾.

Ainsi évincée pour tardiveté, l'acceptation se trouverait semblablement privée d'effet si, plutôt que tombée par caducité, l'offre avait été préalablement révoquée.

2. L'offre révoquée

247. Le principe de l'offre révocable – Même en cours de validité, la sollicitation peut encore disparaître. Tel serait bien le cas si son auteur venait à la révoquer.

Car, quel que soit le regard que l'on porte sur elle, la nature de l'offre de contrat est d'être révocable⁽⁹⁹¹⁾. Objectivement d'abord, une offre, à s'en tenir au sens des mots,

(988) Pour cette conversion de l'acceptation tardive en offre de contrat, v. déjà A. GIRAULT, *op. cit.* (*supra*, note 718), n° 111, p. 157 ; J. VALÉRY, *op. cit.* (*supra*, note 86), n° 202, p. 190 ; Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *op. cit.* (*supra*, note 718), n° 21, p. 16 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *op. cit.* (*supra*, note 892), n° 36, pp. 55-56 ; E. GAUDEMET, *op. cit.* (*supra*, note 43), p. 39 ; A. COHEN, *op. cit.* (*supra*, note 86), p. 120 ; J.-L. AUBERT, *op. cit.* (*supra*, note 97), n° 252, p. 227 ; D. STAROSSELETS, art. préc. (*supra*, note 315), n° 32, p. 45. La solution est à rapprocher de celle adoptée par les codifications de source savante, depuis le *Projet de code des obligations et des contrats [commun à la France et à l'Italie]* adopté par la Commission française d'études de l'union législative entre les nations alliées et amies en 1927, Impr. nat., Paris, 1929, art. 2, al. 3 : « L'auteur de l'offre peut tenir pour valable l'acceptation tardive et considérer le contrat comme parfait, pourvu qu'il en prévienne immédiatement l'autre partie. ». V. égal. depuis : Trav. Comm. réf. C. civ., t. IV, 1948-1949, p. 704 et s., art. 9, al. 2 ; LUFIC, art. 9, § 1 ; CVIM, art. 21, § 1 ; Principes Unidroit, art. 2.1.9 (1) ; PDEC, art. 2:207 (1) ; PCC, art. 2:308 ; Avant-projet de Code européen des contrats, Académie des privatistes européens, dir. G. Gandolfi, Pavie, 2001, art. 16, al. 5. Pour les systèmes étrangers, v. not. BGB, § 150 (1) ; C. civ. italien, art. 1326, al. 3 ; C. civ. Québec, art. 1393 ; NBW, art. 6:223 ; *Restatement Second on contracts*, § 70, qui optent tous pour la conversion de l'acceptation tardive en sollicitation. Certaines de ces dispositions ajoutent que l'acquiescement du sollicitant pourrait se déduire de son silence s'il savait que l'acceptant avait ignoré la caducité de l'offre. Mais le bénéfice de l'apparence accordé à l'acceptant rend cette présomption, d'ailleurs improbable, tout à fait superflue, en même temps que la responsabilité qu'elle sous-tend (sur quoi, v. *supra*, n° 232, *in fine*).

(989) En ce sens, v. par ex. A. COHEN, *op. cit.* (*supra*, note 86), pp. 125-126.

(990) Pour le décès du sollicitant, v. *supra*, n° 75, *in medio*, spéc. note 469. Quant à son aliénation, elle lui permettrait toujours d'exciper de son trouble mental pour obtenir la rescision de la convention : v. *supra*, n° 107.

(991) Telle est bien, faute de toute disposition de principe, la solution que postule l'article 1121 du Code civil en subordonnant l'irrévocabilité de la stipulation à l'acceptation de son bénéficiaire. Les rédacteurs, si fidèles à l'héritage de Pothier, ne se sont pas plus écartés là qu'ailleurs de sa doctrine. V. ainsi R.-J. POTHIER, *Traité des Obligations*, préc. (*supra*, note 97), n° 4 (*Œuvres de Pothier*, par J. Bugnet, t. II, p. 5) : « La sollicitation, aux termes du pur droit naturel, ne produit aucune obligation proprement dite ; et celui qui a fait cette promesse peut s'en dédire, tant que cette promesse n'a pas été acceptée par celui à qui elle a été faite ». En même sens, parmi beaucoup d'autres, v. encore Ph.-A. MERLIN, *op. cit.* (*supra*, note 97), t. XVIII, 1828, v° Vente, § I, art. III, XI, pp. 465-466, qui se
(suite p. suiv.)

ne constitue pas un engagement ; elle ne fait que tendre vers celui-ci, lequel ne se constituera que par l'acceptation⁽⁹⁹²⁾. Subjectivement ensuite, l'irrévocabilité de la pollicitation ne pourrait se déduire, comme de principe, que de la volonté de son auteur⁽⁹⁹³⁾ ; or, celui qui ne fait que proposer n'ajoute pas nécessairement, ce faisant, qu'il s'engage à maintenir sa proposition. À tout de point de vue, il y a donc plus dans une offre irrévocable qu'une simple offre de contrat. L'irrévocabilité de la pollicitation ne fait d'ailleurs pas qu'ignorer la volonté de son auteur ; elle la contraint même : il faut bien relever en effet que là où une proposition révocable autorisera toujours son auteur à la stipuler irrévocable s'il le souhaite, l'offre faite irrévocable par la loi tend à s'opposer pour sa part à toute stipulation contraire, sous peine d'assister à la généralisation d'une clause qui finirait, comme il en a toujours été, par emporter le droit commun dans son sillage⁽⁹⁹⁴⁾.

range à l'opinion de Pothier ; V. MARCADÉ, *op. cit.* (*supra*, note 214), n° 394, p. 340 ; F. LAURENT, *op. cit.* (*supra*, *ibid.*), t. XV, n° 481, pp. 554-555, où l'auteur luxembourgeois estime que l'autre partie « *pouvait s'attendre à la rétractation de l'offre, rien ne l'empêchait donc de profiter de l'occasion qui se présentait [...]* ; *si elle ne l'a pas fait, c'est sans doute parce qu'elle y avait un intérêt quelconque ; elle a fait un faux calcul, une mauvaise spéculation, c'est à elle-même qu'elle doit s'en prendre* » ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *op. cit.* (*supra*, note 892), n°s 31 et 32, pp. 44-50. Adde S. MIRABAIL, *La rétractation en droit privé français*, th. Toulouse, 1991, LGDJ, 1997, pp. 94-101. En jurisprudence, la règle n'a jamais varié. V. par ex. Civ., 3 févr. 1919, préc. (*supra*, note 672), qui pose le principe : « *une offre étant insuffisante pour lier par elle-même celui qui l'a faite, elle peut, en général, être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée valablement* » ; et 1^{re} civ., 13 juin 1984, *Bull.*, I, n° 193 ; puis Com., 6 mars 1990, préc. (*supra*, note 377), pour application. Chaque fois que le législateur a eu depuis l'occasion de prendre position, il a toujours tenu pour acquis que l'offre de contrat était révocable. V. ainsi en dernier lieu C. civ., art. 1369-4, al. 1^{er}, *in fine* (rédict. L. 2004-575 du 21 juin 2004), qui autorise le professionnel à retirer l'offre soumise par voie électronique. V. encore depuis, l'article 2028, alinéa 1^{er} (rédict. L. 2007-211 du 27 févr. 2007), en dépit de la qualification de l'offre en contrat : « *Le contrat de fiducie peut être révoqué par le constituant tant qu'il n'a pas été accepté par le bénéficiaire.* » Ce n'est que lorsqu'il est apparu nécessaire d'instaurer un délai de réflexion que la loi y a naturellement joint alors un délai d'irrévocabilité : v. *infra*, *eod. num.*, note 995.

Ce droit de rétractation a même, semble-t-il, toujours prévalu, depuis le droit romain (v. P. F. GIRARD, *op. cit.* (*supra*, note 150), p. 489, note 3) jusqu'aux modernes (v. not. H. GROTIUS, *op. cit.* (*supra*, note 10), liv. II, chap. XI, sect. XVI, p. 327 ; Ch. WOLFF, *Grundsätze des Natur und Völkerrechts* [*Principes du droit de la nature et des gens*], Halle, 1754, trad. J. H. S. Formey, éd. M. Rey, Amsterdam, 1758, t. I, liv. III, chap. IV, § XII, p. 175, et § XCIII, pp. 193-194). Et la *common law* le consacre encore pleinement aujourd'hui. Pour le droit anglais, v. par ex. *Dickinson vs. Dodds*, 1876 ; G. TREITEL, *op. cit.* (*supra*, note 87), p. 41. Et pour les États-Unis, v. not. *Restatement Second on contracts*, § 42 ; E. A. FARNSWORTH, *Farnsworth on Contracts*, 3^e éd., Aspen, NY, 2004, vol. I, § 3.17, p. 303 : « *It is a fundamental tenet of the common law that an offer is generally freely revocable and can be countermanded by the offeror at any time before it has been accepted by the offeree.* » V. encore en même sens : C. civ. italien, art. 1328, al. 1^{er}.

(992) V. par ex. Ch. BEUDANT, *op. cit.* (*supra*, note 891), n° 72, p. 52 : « *Puisque c'est l'accord des volontés qui lie les parties, l'offre à elle seule, tant qu'elle n'a pas été acceptée, n'oblige pas celui qui l'a faite ; dès lors, il peut la rétracter jusqu'à l'acceptation* ».

(993) Il est tout à fait inconcevable, en particulier, de faire dépendre la révocabilité de l'offre de la volonté de son destinataire : il ne peut pas suffire pour celui-ci de prendre acte de l'existence de la proposition pour la transformer en promesse unilatérale. Comp. pourtant C. civ. Québec, art. 1396, qui décide en ce sens. C'était également l'opinion de L. GUILLOUARD, *op. cit.* (*supra*, note 500), n° 80, p. 97 : « *si Pierre répond qu'il prend acte de mon offre et qu'il verra s'il doit l'accepter, il y a promesse unilatérale* ».

(994) Quoique le droit allemand fournisse sur ce point un contre-exemple remarquable, le paragraphe 145 du BGB, qui associe en une même phrase principe d'irrévocabilité de l'offre et exception de clause contraire, ayant résisté depuis plus d'un siècle déjà à l'insertion usuelle par les pollicitants de mentions telles que « *freibleibend* », « *unverbindlich* » ou « *ohne oblige* » (sur lesquelles, v. C. WITZ, *op. cit.* (*supra*, note 50), n° 145, p. 135).

Sauf dispositions spéciales de la loi⁽⁹⁹⁵⁾, le pollicitant doit donc demeurer libre de révoquer sa proposition avant son acceptation, et ne pas avoir en particulier à produire un motif, ni, c'est l'évidence, à respecter un délai de préavis, puisque celui-ci reviendrait à rendre l'offre irrévocable pour la même durée. Seule sa volonté pourrait justifier de faire peser sur lui l'obligation de maintenir son offre.

Il faut pourtant constater que, sous l'influence manifeste des droits germaniques, les codifications les plus récentes ont unanimement opté pour la solution contraire, forçant toutes, à divers degrés, le pollicitant à maintenir sa proposition.

Le système le plus contraignant rend l'offre irrévocable pour un délai au moins raisonnable, ce qui pose d'emblée une première difficulté. Car la notion de délai raisonnable servant déjà à la détermination de la période de validité de la pollicitation⁽⁹⁹⁶⁾, il en résulte que, sauf à compliquer l'appréciation de ce caractère raisonnable en fonction de la nature du délai⁽⁹⁹⁷⁾, le temps de l'irrévocabilité de la proposition tendra à se confondre fatalement avec celui de sa validité. Or, au vu des effets produits par l'un et l'autre de ces deux délais à leur expiration, il importe de les distinguer : tandis que l'achèvement d'un délai d'irrévocabilité *proprio sensu* laisse l'offre en son état, obligeant le pollicitant à la retirer pour se soustraire à l'éventualité d'une acceptation, l'issue du délai de validité est quant à elle de l'anéantir *ipso jure*, en sorte que son auteur s'en trouvera automatiquement libéré, sans nécessiter aucune déclaration nouvelle de sa part. En confondant deux fonctions inconciliables, on s'expose donc à concevoir des offres qui, soit n'expireront jamais, si l'on

(995) V. par ex. C. consom., art. L. 121-63, al. 2, qui impose au professionnel de maintenir sept jours au moins son offre de contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé ; art. L. 311-11, al. 2 (rédict. L. 2010-737 du 1^{er} juill. 2010), qui interdit dans les mêmes termes toute rétractation de l'offre de crédit à la consommation dans un délai de quinze jours ; art. L. 312-10, al. 1^{er}, qui porte ce délai à trente jours pour une offre de crédit immobilier ; art. L. 312-27, al. 1^{er}, qui applique la même règle à l'offre de location-vente immobilière. V. égal. C. com., art. L. 642-2, V, selon lequel l'offre de reprise de l'entreprise en difficulté « ne peut être ni modifiée [...] ni retirée. Elle lie son auteur jusqu'à la décision du tribunal arrêtant le plan. »

(996) V. *supra*, n° 245, *in limine*.

(997) Auquel cas il serait utile de préserver l'ancienne terminologie pour continuer à parler de « *délai moral* » appliqué à la période d'irrévocabilité de l'offre, et de réserver le « *délai raisonnable* » à sa période de validité. Comp. les Principes contractuels communs (*Projet de cadre commun de référence*, SLC, 2008), qui n'hésitent pas à énoncer à la fois que « *L'offre [...] ne peut être révoquée qu'après un délai raisonnable* », à l'article art. 2:303 (1), et que « *L'offre prend fin [...] à l'expiration d'un délai raisonnable* », à l'article suivant... Si l'offre expire à la fin du délai raisonnable, que reste-t-il à révoquer ?

fait de ce délai raisonnable un délai d'irrévocabilité⁽⁹⁹⁸⁾, soit resteront toujours irrévocables, si on l'analyse au contraire comme un délai de validité⁽⁹⁹⁹⁾.

S'il paraît bien acquis, selon ce premier système, que l'offre réputée irrévocable dans le silence de son auteur le serait encore, comme *a fortiori*, pour le délai de validité que celui-ci aurait spécialement stipulé⁽¹⁰⁰⁰⁾, une seconde théorie, déjà plus libérale, réserve quant à elle cette irrévocabilité à la seule pollicitation émise pour un temps prédéterminé. D'après cet autre système, la confusion entre délai de validité et délai d'irrévocabilité n'opérerait donc plus qu'au cas où l'auteur aurait expressément fixé le terme extinctif de sa proposition⁽¹⁰⁰¹⁾.

(998) C'est la solution prônée par les articles 1105-2 et 1105-3 de l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription remis au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005, en contradiction avec le droit positif français (sur lequel, v. *supra*, note 991). Chez les auteurs, v. not. A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.* (*supra*, note 110), n° 28, C, pp. 28-29, pour l'offre sans délai exprès ; J.-L. AUBERT, *op. cit.* (*supra*, note 97), n°s 235 à 238, pp. 212-215, dans la même hypothèse ; et Ch. LARROUMET, *Les obligations – Le contrat*, préc. (*supra*, note 380), n°s 95 à 97, pp. 80-81, pour toute offre. Quant à la jurisprudence, il faut exhumer un arrêt non publié et le lire *a contrario* pour pouvoir y déceler que la Cour de cassation aurait implicitement, et à rebours de sa doctrine, rendu l'offre irrévocable pour un délai raisonnable : v. 2^e civ., 10 juill. 2001, pourvoi n° 99-21023, qui approuve les juges du fond d'avoir rejeté l'action en responsabilité intentée par le destinataire d'une offre révoquée, au motif qu'elle « avait été maintenue suffisamment longtemps pour que son retrait ne soit pas jugé fautif ».

(999) Cette solution est celle qui prévaut notamment en droits allemand (BGB, §§ 145 à 148), autrichien (ABGB, § 862) et suisse (CO suisse, art. 3), mais aussi désormais au Brésil (C. civ. brésilien, art. 427 et 428). *Adde* pour la Belgique : C. cass., 9 mai 1980, *Pas.* 1980, I, pp. 1120 et 1127 ; et 16 mars 1989, *Pas.* 1989, I, p. 737. Et encore l'Avant-projet de Code européen des contrats, Académie des privatistes européens, dir. G. Gandolfi, Pavié, 2001, art. 15, al. 3, b. En France même, l'opinion est assez répandue : v. ainsi M. PLANIOL, *op. cit.* (*supra*, note 61), t. II, 1923, n°s 979 à 981, pp. 338-339 ; E. GAUDEMET, *op. cit.* (*supra*, note 43), pp. 36-39 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.* (*supra*, note 39), n° 135, p. 127 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.* (*supra*, note 242), n° 470, 2^e, p. 242 ; A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, préc. (*supra*, note 335), n° 11, a, pp. 40-41 ; Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, 11^e éd., Litec, 2010, n°s 126 et 127, pp. 102-103 ; M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.* (*supra*, note 101), n°s 106 et 107, pp. 253-255, et n° 109, p. 258. *Adde* M.-L. IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, th. Aix-Marseille, 1989, PUAM, 1995, n°s 143 et 144, pp. 108-109. Et appliquant cette règle à l'offre stipulée avec délai exprès : A. COLIN et H. CAPITANT, *loc. cit.* (*supra*, note préc.) ; J.-L. AUBERT, *op. cit.* (*supra*, note 97), n°s 257 à 259, pp. 231-233.

(1000) Spécifiant ce point, v. ainsi PCC, art. 2:303 (1).

(1001) Pour cette solution : D. et A. DALLOZ, *op. cit.* (*supra*, note 214), n° 101, p. 77 ; L. GUILLOUARD, *op. cit.* (*supra*, note 500), n° 12, p. 24 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *op. cit.* (*supra*, note 892), n°s 33 à 36, pp. 50-55 ; Ch. BEUDANT, *op. cit.* (*supra*, note 891), n° 76, pp. 54-55 ; ou encore L. JOSSERAND, *Cours de droit civil français*, préc. (*supra*, note 822), t. I, n° 129, p. 99, et t. II, 1939, n° 49, p. 32 ; *id. auct.*, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, *loc. cit.* (*supra*, note 694) ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil – Les obligations*, t. I, préc. (*supra*, note 403), n° 110, p. 106 ; D. MAZEAUD, « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, pp. 637-659, n°s 18 et 19, pp. 647-649. Les droits germaniques l'appliquent à l'offre de récompense : BGB, § 658 (2), et ABGB, § 860 a. C'est aussi celle retenue par la plupart des codifications entreprises depuis l'entre-deux guerres. V. ainsi Commission française d'études de l'union législative entre les nations alliées et amies, *Projet de code des obligations et des contrats commun à la France et à l'Italie*, 1927, Impr. nat., Paris, 1929, art. 2, al. 5 ; Trav. Comm. réf. C. civ., t. IV, 1948-1949, p. 705, art. 11, al. 2 ; C. civ. Québec, art. 1390, al. 2 ; NBW, art. 6:219 (1). Et pour les codifications internationales : LUFC, art. 5, § 2 ; CVIM, art. 16, § 2, a ; Principes Unidroit, art. 2.1.4 (2) a ; PDEC, art. 2:202 (3) b. Sous l'air du consensus, cette remarquable uniformité trouve en réalité sa source dans la volonté des délégués chargés de l'élaboration de ces instruments internationaux de s'en tenir à la rédaction un jour arrachée à deux systèmes anglo-saxon et germanique demeurés sur ce point parfaitement inconciliables, et, pour les codificateurs nationaux, d'adopter une règle que cette réitération a fini par faire paraître commune. Sur ces faux-semblants, et sur les malentendus notamment entretenus sur la question entre les parties à la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, v. le commentaire sous Principes Unidroit, art. 2.1.4, où il est observé *in limine*, pour justifier la reprise du texte de la Convention de Vienne adoptée en 1980, qu'« il n'y a aucun espoir de concilier les deux approches fondamentales suivies à cet égard par les différents systèmes juridiques, à savoir l'approche de common law selon laquelle une offre est en principe révoquée et l'approche opposée suivie (suite p. suiv.) ».

Parfois prescrite à titre impératif⁽¹⁰⁰²⁾, la règle se pose toutefois plus souvent en présomption de l'intention du pollicitant, l'autorisant ainsi à la stipuler spécialement révocable⁽¹⁰⁰³⁾. Pourtant, même ainsi tempérée, cette règle apparaît encore doublement mal fondée. Car, en premier lieu, la reconnaissance de cette faculté laissée aux pollicitants de se constituer un droit de rétractation les incite évidemment à insérer systématiquement une clause de révocabilité, si bien qu'une telle présomption aurait finalement vocation à contredire le *plerumque fit*⁽¹⁰⁰⁴⁾. Mais surtout, rien de logique ne lie la stipulation d'un délai de validité à son irrévocabilité : si rendre son offre un temps irrévocable implique bien qu'elle sera valable pour cette durée au moins, sans d'ailleurs nécessairement l'empêcher de demeurer au-delà, le fait, à l'inverse, de préciser sa seule période de validité ne signifie pas qu'elle ne puisse être rétractée dans ce délai. On peut fort bien indiquer que son offre expirera à une certaine date sans pour autant exprimer par là sa volonté de la rendre irrévocable⁽¹⁰⁰⁵⁾. Par conséquent, au bout du compte, il s'agira toujours pour le juge, et non pour le législateur, de découvrir l'intention de l'auteur⁽¹⁰⁰⁶⁾.

Que la pollicitation ait été réservée à une personne nommément désignée ne modifie du reste rien de l'analyse : aucun raisonnement n'a jamais été avancé en effet pour expliquer le cheminement qui conduirait de cette circonstance particulière jusqu'à l'intention de l'auteur de rendre son offre irrévocable. Peut-être faudrait-il, en conséquence, concevoir quelques préventions contre cette dernière opinion qui, comme pour confiner au plus petit numérateur une solution que l'on pressent exorbitante, n'associe plus le délai de validité à l'irrévocabilité que pour les offres faites à personnes déterminées⁽¹⁰⁰⁷⁾.

par la majorité des systèmes de "droit civil" » ; ou encore note 1 sous PDEC, art. 2:202, in *Principes du droit européen du contrat*, SLC, 2003, p. 127, qui rappelle à son tour que « La rédaction de l'alinéa (2) (a) reflète un désaccord entre les délégués à la Conférence diplomatique qui a adopté la CVIM en 1980 » et que « la disposition n'a pas dissipé la controverse ».

(1002) V. not. PDEC, art. 2:202 (3) b.

(1003) V. BGB, § 145 ; CVIM 16, § 2, a ; et Principes Unidroit, art. 2.1.4 (2) a.

(1004) Sur quoi, v. déjà *supra*, eod. num., spéc. note 994.

(1005) Si l'on comprend bien que « *laisser huit jours pour répondre* » puisse signifier que l'offrant s'engage à ne pas retirer sa proposition dans ce délai, il en va autrement lorsqu'il est seulement indiqué que « *l'offre expirera dans huit jours* » : il n'est aucune raison dans ce second cas d'y joindre une irrévocabilité que l'offrant n'a manifestement pas exprimée. De ce que l'offre s'éteint au terme de ce délai, il ne résulte pas qu'elle ne puisse disparaître auparavant pour une autre cause. Rapp. déjà la critique du lien artificiellement tendu entre irrévocabilité et stipulation d'une transmissibilité de l'offre à la succession, *supra*, n° 77, spéc. note 494.

(1006) C'est à ce seul titre que la jurisprudence oblige parfois l'auteur d'une offre stipulée avec délai à la maintenir. V. par ex. 3^e civ., 10 mai 1968, *Bull.*, III, n° 209. V. encore en dernier lieu : 3^e civ., 7 mai 2008, *Bull.*, III, n° 79 ; D. 2008, AJ, p. 1480, obs. G. Forest, et pan., p. 2969, obs. S. Amrani Mekki ; D. 2009, chr., p. 440, par M.-L. Mathieu-Izorche ; JCP 2008, I, 179, n° 1, obs. Y.-M. Serinet ; RTD civ. 2008, p. 474, obs. B. Fages ; RDC 2008, p. 1109, obs. Th. Genicon, et p. 1239, 3^e esp., obs. F. Collart Dutilleul.

(1007) V. par ex. M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.* (*supra*, note 101), n° 106, p. 253. Si certains systèmes disposent bien en ce sens, c'est que ceux-ci ne reconnaissent pas l'offre faite au public comme une offre de contrat, en sorte qu'il reste vrai d'affirmer que, au sein de ceux-ci, toute pollicitation, ou au moins toute pollicitation à durée expressément déterminée par son auteur, est réputée irrévocable. Telle est notamment la règle en droit allemand (v. C. WITZ, *op. cit.* (*supra*, note 50), n° 144, p. 134) et celle retenue par la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (comp. CVIM, art. 14, § 2, et art. 16, § 2, a). Ceux des autres droits qui optent pour l'irrévocabilité de l'offre ne distinguant pas selon qu'elle est faite à personne déterminée ou au public, toute pollicitation s'en trouve également irrévocable (pour la précision, v. du reste PCC, art. 2:302).

(suite p. suiv.)

Et de fait, il importe ici de pleinement mesurer les conséquences d'une telle solution. En obligeant le déclarant à maintenir sa volition, on se prive en effet, et en premier lieu, du moyen de s'assurer de la permanence de sa volonté jusqu'au moment de l'acceptation⁽¹⁰⁰⁸⁾, si bien que le droit français qui se laisserait emporter à son tour par le courant de l'uniformisation internationale aurait à connaître d'une objection qui, en droit allemand, mine depuis plus de deux siècles déjà la notion de contrat défini comme rencontre de volontés⁽¹⁰⁰⁹⁾. Une telle irrévocabilité aurait du reste pour prolongement aventureux de troubler singulièrement la source de la force obligatoire des conventions : comment rattacher encore celle-ci à l'autonomie de la volonté des contractants⁽¹⁰¹⁰⁾ si, selon même le droit commun, la volonté de l'offrant perd son autonomie dès avant l'acceptation⁽¹⁰¹¹⁾ ? Et pour quelle raison continuerait-on à conclure des avant-contrats tels que des accords de principe ou des promesses unilatérales si toute proposition⁽¹⁰¹²⁾ constitue déjà, en soi, un engagement irrévocable de contracter ? S'agira-t-il alors de soumettre l'offre de vente d'immeuble à la formalité de l'enregistrement aujourd'hui prescrite par l'article 1589-2 du Code civil pour les promesses unilatérales ? En forçant ainsi à l'exécution d'une convention en dépit de sa répudiation par l'une de ses parties avant même sa formation, on précipite les contractants dans une relation qui s'inaugure sous de bien mauvais auspices. Même d'un point de vue purement économique, enfin, il est douteux que l'on encourage le commerce à sanctionner ainsi l'initiative des sollicitants : il est facile de comprendre en effet que tout un chacun sera moins enclin à émettre une proposition s'il se sait d'office engagé à la maintenir⁽¹⁰¹³⁾.

Sur le raisonnement qui relie le principe d'irrévocabilité à la disqualification de l'offre au public, v. *supra*, n° 152, spéc. note 335.

(1008) Rapp. R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, préc. (*supra*, note 86), n° 32, pp. 29-31 (*Œuvres de Pothier*, par J. Bugnet, t. III, pp. 13-14) : « Dans le contrat de vente, de même que dans les autres contrats, le consentement des parties peut intervenir non-seulement entre présents, mais entre absents, par lettres, ou par un entremetteur, per epistolam, ut per nuntium. — Pour que le consentement intervienne en ce cas, il faut que la volonté de la partie qui a écrit à l'autre pour lui proposer le marché, ait persévéré jusqu'au temps auquel sa lettre sera parvenue à l'autre partie, et auquel l'autre partie aura déclaré qu'elle acceptait le marché. »

(1009) Sur cette objection, v. déjà *supra*, n° 119, spéc. note 84.

(1010) Sur la persistance de la source volontariste en droit français des obligations, v. *supra*, n° 116, *in fine*.

(1011) On peut bien, si telle est véritablement son intention, s'obliger immédiatement au moyen d'un engagement par volonté unilatérale. Mais on ne soumet pas alors l'existence de son engagement à l'accord du bénéficiaire, de sorte qu'il est naturel de confiner l'examen de cette intention à l'instant où elle s'exprime. Quant, au contraire, on propose de conclure un contrat, on subordonne l'obligation à une acceptation à venir et il devient dès lors extravagant de présumer — dans le meilleur des cas — que l'auteur aurait néanmoins voulu précéder cet engagement. On peut donc être pour le moins réservé sur la solution qu'a cru devoir donner la Cour de cassation à un litige qui opposait le destinataire d'une offre d'embauche à un employeur ayant révoqué sa proposition une semaine avant l'acceptation, en jugeant que « constitue une promesse d'embauche valant contrat de travail l'écrit qui précise l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction », de sorte que « la rupture de cet engagement [...] s'analysait en un licenciement sans cause réelle et sérieuse » : Soc., 15 déc. 2010, *Bull.*, pourvoi n° 08-42951 (RDC 2011, p. 804, obs. Th. Genicon).

(1012) Ou toute proposition affectée d'un délai de validité. Mais qui prendra encore la peine de stipuler un tel délai s'il s'agit de renoncer ce faisant à son droit de rétractation ?

(1013) Le seul argument apporté à la défense de la théorie de l'offre irrévocable tient dans la sécurité juridique qui serait due au destinataire de l'offre eu égard aux dépenses qu'il aura pu effectuer ou aux engagements qu'il aura pu prendre avant de donner son acceptation. Or, celui qui sait l'offre révocable évitera simplement de
(suite p. suiv.)

Le fait même que destinataire ait pu croire l'offre irrévocable reste indifférent dès lors que la rétractation mettra fin à cette croyance avant son acceptation. L'apparence ne peut servir à forcer la volonté de l'offrant que si l'acceptant a lui-même exprimé sa volonté⁽¹⁰¹⁴⁾. Tout ce dont il pourra se prévaloir, c'est de la faute éventuelle que le pollicitant aura pu commettre en entretenant l'apparence d'une offre irrévocable, et de son obligation consécutive à réparer le préjudice qui en aura résulté.

248. Les conditions de la révocation – Il est possible de distinguer la révocation de la rétractation d'une proposition en ce que la première pourrait ne constituer qu'une espèce de la seconde. S'il s'agit toujours dans les deux cas de reprendre sa volonté, seule la révocation opère rétractation par constitution d'un acte juridique *ad hoc*⁽¹⁰¹⁵⁾. Si donc la révocation doit, comme l'offre qu'elle anéantit, et comme tout acte juridique, se tourner vers son destinataire⁽¹⁰¹⁶⁾, il suffira que le pollicitant ne veuille plus du contrat initialement proposé pour rétracter *ipso facto* sa volonté en l'absence même de toute révocation⁽¹⁰¹⁷⁾. Il n'y a là que l'application des principes en vertu desquels le contrat se constitue, d'abord, en considération de l'intention véritable de ses auteurs, et qui répugnent à l'imposer à celui qui ne le convoite plus⁽¹⁰¹⁸⁾. Si, néanmoins, la rétractation se manifeste ordinairement sous la forme d'une révocation, c'est à des fins avant tout probatoires : sans cette nouvelle déclaration, en effet, le pollicitant pourrait avoir le plus grand mal à établir qu'il ne souhaitait plus l'engagement. Mais que son comportement ait manifesté sa renonciation en quelque autre manière et il lui sera possible de se prévaloir de cette rétractation pour échapper au contrat⁽¹⁰¹⁹⁾. C'est alors une autre raison qui impose en définitive la forme de la révocation : car l'offrant qui ne prendrait pas la peine de faire connaître sa rétractation au

s'engager inconsidérément. Et si, vraiment, il ne peut se décider sans quelques dépenses préalables, il joindra l'auteur de l'offre pour lui demander de s'obliger, cette fois, à la maintenir le temps nécessaire.

(1014) V. *supra*, n° 229. La théorie de l'apparence ne pourra donc jouer que dans l'hypothèse – restreinte – où l'acceptation aura été retournée après émission de la rétractation, mais avant sa réception. Sur ce cas de figure, v. *infra*, n° 249, *in fine*. Nombre de systèmes font pourtant dépendre le caractère révocable de la proposition de la croyance raisonnable de son destinataire : v. ainsi CVIM 16, § 2, b, et Principes Unidroit, art. 2.1.4 (2) b, qui exigent seulement que le destinataire ait « *agi en conséquence* », sans que cette action ne constitue nécessairement une acceptation ; et encore PDEC, art. 2:202 (3) c, qui exige à son tour que le destinataire ait « *agi sur la foi de l'offre* ». En liant ainsi le jeu de l'apparence à l'existence implicite d'un préjudice, qu'il s'agirait par ce biais d'éviter, ces dispositions dénaturent la théorie en même temps qu'elles offensent la raison : il serait donc permis à celui qui a reçu une offre suivie d'une révocation normalement valable d'arguer du désagrément que lui procure ce retrait pour l'ignorer absolument et forcer ainsi, en connaissance de cause, à la conclusion d'un accord ! La question posée par l'existence de ce préjudice n'est pas celle de la formation du contrat, mais celle de sa réparation éventuelle, qui convoque d'autres règles (sur lesquelles, v. *infra*, n° 249).

(1015) L'étymologie confirme que si la rétractation (du lat. *re-trahere*) peut désigner toute forme de retrait, la révocation (du lat. *re-vocare*) suppose toujours quant à elle une nouvelle déclaration.

(1016) V. *supra*, n° 117, *in fine*.

(1017) V. ainsi Civ., 1^{re} sect., 7 janv. 1959, *Bull.*, I, n° 15, qui autorise la rétractation opérée de l'offre par la vente à un tiers du bien proposé sans qu'il fût établi que cette vente ait jamais été notifiée au premier destinataire.

(1018) V. *supra*, n° 118.

(1019) Ainsi, l'offrant qui vient à conclure avec un autre le contrat proposé rétracte tacitement, ce faisant, sa première offre, sans pour autant la révoquer à proprement parler. La solution est admise en *common law*, depuis *Cooke vs. Oxley*, 1790, puis *Adams vs. Lindsell*, 1818.

destinataire de sa proposition initiale s'exposerait à subir l'effet constitutif de l'ignorance légitime qu'il aura ainsi entretenue⁽¹⁰²⁰⁾.

Il est parfois conféré à cette distinction terminologique un autre sens, en ce que la rétractation viserait alors le retrait opéré de l'offre avant sa réception, tandis que la révocation s'appliquerait à celle réalisée après cette réception jusqu'au moment de l'acceptation. Différente de prime abord, cette acception tend en réalité à rejoindre, à l'examen, celle précédemment exposée. Car ceux qui la développent paraissent tous, au fond, subordonner à la réception, non pas le seul effet de l'offre, mais son existence même, si bien que la rétractation intervenue avant la réalisation de cette condition constitutive ne peut effectivement pas valoir révocation d'un acte qui n'existe pas encore. Si l'on adhère à cet effet constitutif de la réception⁽¹⁰²¹⁾, il devient donc possible d'affirmer que le retrait intervenu antérieurement ne vaut pas encore révocation, mais seulement rétractation⁽¹⁰²²⁾.

Quoi qu'il en soit de son analyse, cette distinction revêt pour intérêt que tous les systèmes, jusqu'à ceux qui font de la pollicitation un engagement irrévocable, prêtent effet, sous cette autre qualification, à la rétractation parvenue avant ou en même temps que la proposition⁽¹⁰²³⁾. Même le système, hautement préférable, qui reconnaît la révocabilité de l'offre jusqu'à son acceptation n'ignore par la nuance, en ce que la rétractation immédiate présente encore pour avantage d'écarter tout risque de préjudice pour le destinataire et d'obvier ainsi à celui pour l'offrant de voir sa responsabilité engagée, quelle qu'ait été la faute éventuellement commise lors de cette rétractation⁽¹⁰²⁴⁾.

Mais ce n'est qu'à ce titre, et non comme condition de son efficacité, que cette réception devrait importer. Car la révocation, à la différence de l'offre qu'elle anéantit, n'est pas un acte réceptice : son objet n'est pas de faire naître un droit, non plus qu'une obligation, mais, tout au contraire, d'empêcher le destinataire de le constituer en mettant fin à la faculté qui était jusqu'alors la sienne. Il ne s'agit donc plus que d'exprimer une volonté valant pour elle-même comme faisant désormais obstacle à la rencontre des consentements. Et puisque, dès l'expression de cette nouvelle volonté, il est acquis que le pollicitant ne veut plus du contrat, il n'est aucune raison de retarder l'effet de la révocation à sa réception par le

(1020) V. *infra*, n° 249, *in fine*.

(1021) Analyse qui a été ici rejetée : v. *supra*, n° 161.

(1022) Techniquement, la rétractation s'analyserait alors comme la défaillance d'une condition suspensive de l'offre entraînant sa caducité, tandis que la révocation ultérieure vaudrait réalisation de sa condition résolutoire. V. not. en ce sens CO suisse, art. 9 (1) : « *L'offre est considérée comme non avenue, si le retrait en parvient avant l'offre ou en même temps au destinataire* » ; et plus explicite encore C. civ. Québec, art. 1391 : « *La révocation qui parvient au destinataire avant l'offre rend celle-ci caduque, lors même que l'offre est assortie d'un délai.* »

(1023) La solution s'érige désormais en règle uniforme : v. ainsi LUFC, art. 5 (1) et (2) ; CVIM, art. 15 et 16 ; Principes Unidroit, art. 2.1.3 et 2.1.4 ; PCC, art. 2:303 (1) ; Avant-projet de Code européen des contrats, Académie des privatistes européens, dir. G. Gandolfi, Pavie, 2001, art. 14. *Adde* comment. 2 sous Principes Unidroit, art. 2.1.3 : « *le paragraphe 2 du présent article indique clairement qu'il faut faire une distinction entre la "rétractation" et la "révocation" d'une offre : on peut toujours rétracter une offre avant qu'elle ne prenne effet alors que la question de savoir si elle peut ou non être révoquée ne se pose qu'après ce moment.* »

(1024) En ce sens, v. par ex. R. SALEILLES, « De la responsabilité précontractuelle », *RTD civ.* 1907, pp. 697-751, spéc. pp. 733-734 et 739-743. Sur cette autre question, v. *infra*, n° 249, *in fine*.

destinataire⁽¹⁰²⁵⁾. Il suffit, pour empêcher la conclusion de l'accord, que la révocation de l'offre ait été déclarée avant l'émission de l'acceptation⁽¹⁰²⁶⁾.

Pour la même raison, et sauf dispositions spécialement contraires, la révocation s'exprimera sous quelque forme que ce soit : du principe consensualiste, qui commande de n'avoir égard qu'à la volonté véritable des contractants, la liberté de la forme se déduit pour l'offre aussi bien que pour sa rétractation. Même lorsque la révocation intervient sur une offre dont l'expression a été exceptionnellement soumise au respect d'une condition de forme, il est encore possible de la laisser se déclarer librement, pour peu que la formalité originaire ait été prescrite dans le but de prévenir le consentement précipité du pollicitant : s'il s'est initialement agi de borner la voie conduisant vers l'engagement, on doit logiquement faciliter la retraite de celui qui souhaiterait emprunter le chemin du retour⁽¹⁰²⁷⁾.

249. Les conséquences de la révocation – Une fois révoquée, l'offre est anéantie, de sorte que l'acceptation ultérieure resterait inefficace, et le contrat lui-même inexistant⁽¹⁰²⁸⁾. Mais cette adhésion tardive devrait toujours pouvoir être qualifiée d'offre nouvelle de contrat et être à son tour acceptée par le rétractant⁽¹⁰²⁹⁾, la convention se

(1025) Ici encore, si le destinataire vient à donner son acceptation dans l'ignorance de la révocation qui l'aura précédée, il forcera, s'il le souhaite, à la conclusion du contrat sur le fondement de son ignorance légitime et non pas sur celui d'une inefficacité substantielle de la révocation qui s'imposerait de plein droit.

V. not. J. G. FÉLIX, J.-B. DUVERGIER et A. VALETTE, note sous Ch. Guiard, « De la nature et des effets de la pollicitation ou offre faite par lettre missive », *Rev. dr. fr. et étr.* [Rev. Félix], 1846, pp. 187-197, spéc. p. 191 : « Il ne faut pas appliquer absolument la même règle à la volonté nécessaire pour la formation du contrat et au changement de volonté. La pollicitation doit nécessairement être connue de celui avec qui va exister le *vinculum juris* ; car, sans cela, il est impossible qu'il y ait acceptation de sa part. Mais quant au changement de volonté, il suffit qu'il existe certainement, quoique non encore connu de la partie à qui la proposition aurait été faite, parce que, dès qu'il est constant qu'il existe, il n'y a plus de consentement ; il n'y a plus qu'une vaine manifestation, qu'une apparence sans réalité. » Et encore G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil – Les obligations*, t. I, préc. (*supra*, note 403), n° 124, p. 122 : « Quant à la manifestation de la volonté de l'offrant, elle n'est efficace que si elle a été reçue par son destinataire, mais le retrait de l'offre doit être efficace dès qu'il est émis même s'il n'est pas encore parvenu à la connaissance de l'acceptant. La volonté de celui-ci exprimée à un moment où celle de l'offrant a cessé, ne peut former le contrat qui exige l'existence simultanée des volontés en concours ».

(1026) En ce sens, implicitement : 3^e civ., 7 mai 2008, préc. (*supra*, note 1006). Le Code civil néerlandais dispose également en ce sens : NBW, art. 6:219 (2), *in limine*. Il est regrettable que, conditionnant par principe l'effet de toute notification à sa réception, les instruments internationaux n'aient pas vu que la révocation d'une offre met obstacle au contrat pour ce qu'elle exprime de l'intention de son auteur et non pour ce qu'elle notifie de cette intention au cocontractant. Du fait de cet amalgame, ces dispositions exigent que la révocation de l'offre parvienne à son destinataire avant l'acceptation : CVIM, art. 16, § 1 ; Principes Unidroit, art. 2.1.4 (1) ; PDEC, art. 2:202 (1). Rapp. en même sens C. civ. brésilien, art. 428, IV. Mais il n'est pas plus admissible, à l'inverse, de prêter effet à la révocation expédiée le lendemain de l'émission de l'acceptation : comp. pourtant Com., 22 avril 1997, pourvoi n° 94-18953 ; D. 1998, p. 45, 2^e esp., note P. Chauvel ; RTD civ. 1997, p. 651, obs. J. Mestre.

(1027) Pour la libre révocation d'une offre notariée de donation, v. ainsi Civ., 30 juin 1845, *S.* 1846, I, col. 577 ; Req., 4 mars 1902, *DP* 1902, I, p. 214 ; *S.* 1902, I, p. 161, note Ch. Lyon-Caen.

(1028) Le raisonnement, mené au cas de rétractation de l'ensemble de la proposition, vaut aussi bien, *mutatis mutandis*, pour sa révocation partielle, laquelle s'analyse comme une modification de cet ensemble : l'acceptation donnée à l'offre originaire après sa modification ne suffirait pas non plus à former l'accord, tant du moins que l'on pourra déduire de cette nouvelle volition du pollicitant le caractère pour lui déterminant de la rectification opérée.

(1029) Comportement *a priori* paradoxal de celui qui renoncerait au contrat pour finalement y consentir, mais qui pourrait toujours trouver sa raison d'être dans la survivance, entre-temps, d'un événement nouveau. Pour cette faculté ouverte au rétractant de former le contrat après réception de l'acceptation tardive, v. par ex. A. GIRAULT, *op. cit.* (*supra*, note 718), n° 106, p. 150.

formant alors sans ou avec rétroactivité au jour de cette nouvelle proposition selon que son auteur connaissait ou ignorait l'existence de la rétractation préalable⁽¹⁰³⁰⁾. On ajoute parfois que le pollicitant recevant cette acceptation tardive serait tenu de faire savoir à son auteur que sa réponse n'a pas formé le contrat, au moins s'il est possible de penser que l'acceptant n'a pas connu l'existence de la rétractation et qu'il pourrait continuer à l'ignorer⁽¹⁰³¹⁾. Mais on verra que le bénéfice de l'apparence rend cette obligation tout à fait incongrue, dès lors que celui qui a accepté l'offre dans la croyance légitime de son maintien peut toujours forcer au contrat, nonobstant l'information ultérieurement reçue de son retrait⁽¹⁰³²⁾.

S'il doit être admis, d'après le droit commun, que la révocation de l'offre est légitime dans son principe et produit son effet en mettant obstacle à la formation du contrat, il reste toutefois que, dans ses modalités, l'exercice de cette faculté pourrait être constitutif d'une faute ouvrant droit à réparation pour son destinataire. Dans son acception la plus large, l'abus du droit de révocation recouvre ainsi trois hypothèses bien distinctes.

La première postule en réalité que le pollicitant ne jouisse déjà plus du droit de se rétracter, ce qui viserait notamment le cas dans lequel il aurait stipulé son offre irrévocable. Plus qu'un abus de droit proprement dit, la révocation opérée en contravention d'un tel engagement interviendrait en violation pure et simple d'une obligation, en l'absence, justement, de tout droit. La faute résiderait alors *dans le principe* même de la révocation. La deuxième hypothèse, quant à elle, ne rejoint la notion d'abus de droit qu'à la marge, s'agissant de commettre alors une faute, non pas du fait de la révocation elle-même, mais *à l'occasion* seulement de cette révocation, par la violation contingente d'une prescription qui s'en détache tout à fait. La révocation qui s'adjoindrait quelque mesure vexatoire, par exemple, ne serait pas abusive en soi, la faute ne résultant pas alors du retrait de l'offre mais de l'adoption du comportement associé. Seule une troisième hypothèse, intermédiaire, constituera un abus de droit au sens propre, chaque fois que l'exercice du droit de révocation sera illégitime, non en soi, mais seulement *en égard aux circonstances* dans lesquelles elle est intervenue. Il en ira ainsi, de façon générale, si son auteur vient à rétracter sa proposition en conscience ou dans l'ignorance inexcusable du préjudice qu'il cause ce faisant à son destinataire, alors qu'il aurait pu l'éviter ou le diminuer en procédant autrement, voire en s'abstenant tout à fait, sans inconvénient majeur pour lui-même⁽¹⁰³³⁾.

(1030) Sur ce mécanisme, v. déjà *supra*, n° 246, au sujet de l'acceptation d'une offre caduque.

(1031) Ce qui suppose, soit que la rétractation ait opéré tacitement, sans révocation (sur quoi, v. *supra*, n° 248, *in limine*), soit que la révocation expédiée ait été perdue.

(1032) V. *infra*, *eod. num.*, *in fine*.

(1033) V. par ex. en ce sens R. MOREL, *op. cit.* (*supra*, note 39), pp. 83-85, qui fait dépendre l'abus du droit de révocation de la légitimité de l'intérêt poursuivi par le rétractant. Rapp. les conditions, d'ailleurs plus difficilement réunies, de l'abus de droit commis dans le rejet de l'offre par son destinataire, *supra*, n° 212. Comme en cette autre hypothèse, l'existence de pourparlers sera bien souvent déterminante. C'est alors rarement la révocation en soi, mais le fait qu'elle mette un terme à des négociations préalables, qui est sanctionné par les juges : plus celles-ci auront été avancées, plus elles auront laissé croire à une conclusion prochaine de l'accord, et moins elles rendront légitime la rétractation finalement opérée en limitant toujours plus les justes motifs de rupture. Au point que, passé un certain stade, il pourrait être fait obligation au rétractant qui devait avoir connaissance du préjudice ainsi causé à son partenaire de justifier sa défection en

(suite p. suiv.)

En certaines occasions, l'exercice du droit de révocation pourra être exceptionnellement subordonné au respect de quelque condition à défaut de laquelle la faute sera objectivement constituée. Si la loi impose ainsi que le rétractant motive l'exercice de son droit, l'absence de motivation rendra *ipso jure* sa révocation abusive : le droit aura été exercé, mais il l'aura mal été⁽¹⁰³⁴⁾.

Dans tous les cas, cependant, le caractère abusif de la révocation ne l'empêchera jamais de produire son effet. C'est particulièrement évident lorsque la faute réside en réalité dans la méconnaissance d'une autre obligation et qu'elle n'aura été consommée qu'à l'occasion de la révocation : il sera seulement question alors de réparer le préjudice subi du fait de cet autre comportement et non du fait du retrait de l'offre en lui-même. Et ça l'est encore au cas de révocation abusive au sens le plus strict : dès lors que l'on veille à distinguer exercice fautif d'un droit et dépassement de ce droit, lequel n'est alors justement plus exercé, on doit logiquement réserver la sanction de l'inefficacité au comportement qui excède le domaine de la prérogative et ne pas l'étendre à celui qui, au contraire, la met en œuvre⁽¹⁰³⁵⁾. Mais même dans l'hypothèse où l'abus du droit de révocation consisterait au fond en une révocation sans droit, il se trouvera encore une autre raison pour prêter exceptionnellement effet à ce retrait : c'est qu'il ne s'agira plus tant d'apprécier alors la légalité de la révocation que de constater au-delà que son auteur ne voulait plus du contrat. Il n'avait certes pas le droit de se rétracter, mais par égard pour le principe d'autonomie de la volonté des contractants, on se dissuadera d'imposer un engagement à celui qui en a rejeté l'éventualité avant qu'il ne se constitue. Il s'agit en somme de présumer que toute stipulation d'irrévocabilité serait relative, en ce qu'elle n'aurait pour objet que de rendre la révocation fautive plutôt qu'impossible : le pollicitant disposerait encore ainsi d'un simple pouvoir de

lui apportant un motif légitime. Comp. ainsi CA Versailles, 29 juill. 1998, cité par J. Mestre et B. Fages, *RTD civ.* 2000, p. 105 ; et Paris, 16 déc. 1998, *Bull. Joly* 1999, § 98, p. 470, note A. Laude, qui juge mal fondés les motifs avancés par le rétractant d'une offre émise au terme de deux années de négociation. Et dans l'hypothèse plus générale d'une rupture de pourparlers : Com., 14 déc. 2004, pourvoi n° 02-10157, parmi la multitude. Rapp. CA Paris, 21 mars 1989 (*Bull. Joly* 1989, § 160, p. 439, note B. Saintourens), qui relève « qu'au stade des pourparlers auquel les parties se sont arrêtées [le défendeur] n'était tenu d'aucune obligation envers quiconque » pour en déduire « qu'il lui était loisible de rompre unilatéralement ». En même sens, v. J. GHESTIN, « La responsabilité délictuelle pour rupture des pourparlers », *JCP* 2007, I, 155, n° 28 et s. La solution paraît si bien assurée, et partagée, qu'il y aurait tout lieu de s'étonner que des responsables politiques puissent encore donner le change à une opinion inquiète en arguant de la durée d'une procédure d'adhésion – spécialement celle de la Turquie à l'Union européenne – alors que c'est précisément cette durée qui pousse les parties à la négociation vers l'accord définitif, en réduisant toujours plus les justes motifs de ne finalement pas consentir.

Mais il est aussi possible d'imaginer que la révocation d'une offre puisse être abusive en l'absence de toute négociation préalable : le pollicitant qui, par exemple, aura assez mal exprimé sa proposition pour que son destinataire ait pu la croire un temps irrévocable et engager quelque dépense sur son fondement, devra répondre de ce préjudice s'il parvient à démontrer qu'il n'avait pas véritablement voulu cette irrévocabilité apparente (la croyance légitime du destinataire ne lui permettant de forcer au contrat que si elle a perduré jusqu'à son acceptation : v. *supra*, n° 247, *in fine*).

(1034) Ce en quoi il importe de distinguer ces conditions d'exercice, qui ne sont que des modalités, des conditions substantielles qui délimitent l'existence du droit et au-delà desquelles il y aurait dépassement du droit plutôt qu'abus au sens strict. Sur cette nécessaire distinction, eu égard notamment à la nature de la sanction, v. déjà *supra*, n° 212, spéc. notes 691 et 692, au sujet du rejet de l'offre.

(1035) Sur quoi, v. déjà *supra*, n° 159, spéc. note 396, pour le refus d'agrément, et n° 212, spéc. note 692, pour le refus de l'offre.

retirer son offre à défaut du droit de ce faire⁽¹⁰³⁶⁾. La valeur fondamentale de la liberté contractuelle invite à considérer en effet que son titulaire n'a entendu lui apporter que la moindre des atteintes⁽¹⁰³⁷⁾. Il faudrait une volition spécialement contraire pour rendre l'offre absolument irrévocable, et son retrait alors inefficace⁽¹⁰³⁸⁾.

L'évaluation des dommages-intérêts dus par le révoquant fautif dépendra alors non seulement de l'importance du préjudice subi par son correspondant mais également de la

(1036) Le droit anglais, qui adopte le principe de libre révocabilité de l'offre, opte aussi pour l'efficacité de la révocation de l'offre stipulée irrévocable. V. not. sur ce point R. DAVID et D. PUGSLEY, *Les contrats en droit anglais*, 3^e éd., LGDJ, 1985, n° 110, p. 81 ; et O. MORÉTEAU, *Droit anglais des affaires*, Dalloz, 2000, n° 437, p. 245. Quant à la jurisprudence française, elle n'a jamais admis de forcer à l'exécution du contrat lorsque l'offre retirée a pu être jugée irrévocable. V. par ex. Civ., 1^{re} sect., 8 oct. 1958, *Bull.*, I, n° 413, qui approuve la cour d'appel d'avoir rejeté la demande en exécution forcée d'une convention fondée sur une offre rétractée avant acceptation alors que son auteur s'était engagé à la maintenir ; 3^e civ., 10 mai 1968, préc. (*supra*, note 1006) ; Com., 22 avril 1997, préc. (*supra*, note 1026) ; ou 3^e civ., 7 mai 2008, préc. (*supra*, *ibid.*), qui tous ne discutent que de l'allocation de dommages-intérêts. Le seul arrêt toujours cité en sens contraire n'a jamais fait qu'entériner l'appréciation souveraine des juges du fond qui avaient estimé que la preuve de la rétractation de l'offre n'avait pas été apportée : Civ., 1^{re} sect., 17 déc. 1958, *Bull.*, I, n° 570 ; D. 1959, p. 33 ; RTD civ. 1959, p. 336, obs. J. Carbonnier. On voit du reste mal comment la Cour de cassation pourrait reconnaître cet effet à l'offre, même stipulée irrévocable, alors qu'elle le refuse à la promesse unilatérale acceptée par le bénéficiaire (v. déc. préc., *supra*, note 430).

Mais le principe d'efficacité de la révocation fautive est loin d'être partagée de tous : v. ainsi C. civ. italien, art. 1329, qui dénie tout effet à la révocation de l'offre stipulée irrévocable ; disposition suivie par l'Avant-projet de Code européen des contrats, Académie des privatistes européens, dir. G. Gandolfi, Pavie, 2001, art. 16, al. 1^{er}, *in fine* ; puis l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, art. 1105-4. V. égal. PDEC, art. 2:202 (3), qui étend cet empêchement aux offres stipulées pour un délai déterminé. On peut d'ailleurs penser, à défaut d'autre précision, que la nature promissoire que revêt l'offre de contrat dans les droits d'origine germanique y interdit là aussi de prêter quelque effet à sa révocation. Quant à la doctrine, elle est, en France, plus partagée. Pour l'inefficacité de la révocation fautive : Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV (*supra*, note 214), n°s 65 et 66, pp. 62-64 ; M. PLANIOL, *op. cit.* (*supra*, note 61), t. II, 1923, n°s 982 et 983, pp. 339-340, quoique sur un mode essentiellement descriptif ; E. GAUDEMET, *op. cit.* (*supra*, note 43), pp. 38-39 ; J. CHABAS, *op. cit.* (*supra*, note 39), p. 171 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.* (*supra*, note 119), n° 154, p. 123, au moins pour l'offre irrévocable faite à personne déterminée ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.* (*supra*, note 242), n° 470, pp. 241-242, qui raffinent encore la solution ; A. BÉNABENT, *Droit civil – Les obligations*, 11^e éd., Montchrestien, 2007, n° 59, p. 49, de la façon la plus générale. Pour son efficacité : L. LAROMBIÈRE, *op. cit.* (*supra*, note 12), art. 1101, n° 14, p. 12 ; P. ROUBIER, *Essai sur la responsabilité précontractuelle*, th. Lyon, 1911, pp. 261-262 ; J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, 2^e éd., F. Lefebvre, 1999, n°s 224 et 225, pp. 108-109 ; Ch. LARROUMET, *Les obligations – Le contrat*, préc. (*supra*, note 380), n° 99, p. 83, et n° 239, p. 216.

(1037) Au cas de contrat formé par représentation conventionnelle, l'irrévocabilité du mandat conféré au pollicitant est même toujours relative, pour cette autre raison que la rétractation intervient avant même l'émission de l'offre. Il ne s'agit plus alors de rétracter une proposition mais de mettre fin à la possibilité de l'exprimer. Si bien que, dans cette hypothèse, l'interdiction faite au mandant de reprendre sa procuration ne pourrait jamais l'empêcher de la retirer néanmoins, sous la réserve de la faute ainsi commise : on n'imaginerait pas un mandataire exprimer encore la volonté de celui qui s'est personnellement déclaré contre.

(1038) Une telle pollicitation ne constituerait alors rien moins qu'une promesse unilatérale de contrat parfaite par la seule volonté de son auteur. Il est symptomatique de relever à cet égard que des arrêts cités pour avoir jugé l'offre irrévocable ont en réalité statué sur un acte qualifié d'« engagement » d'embauche plutôt que d'offre d'emploi, pour l'un (Soc., 22 mars 1972, D. 1972, p. 468), ou à propos d'un « engagement inconditionnel et sans réserve de se porter acquéreur », pour l'autre (1^{re} civ., 6 janv. 1998, *Bull.*, I, n° 7 ; JCP 1998, II, 10066, note B. Fages ; *Defrénois* 1998, p. 741, obs. D. Mazeaud). *Adde* 3^e civ., 10 déc. 1997, *Bull.*, III, n° 223 (*Defrénois* 1998, p. 336, obs. D. Mazeaud), qui entretient la confusion entre les qualifications d'offre et de promesse de vente.

On voit ainsi comme la notion d'engagement par volonté unilatérale est susceptible de degrés, selon que l'on considère l'acte par lequel le débiteur s'obligerait immédiatement, sous la seule condition minimale de ratification rétroactive du bénéficiaire, ou celui par lequel il se contenterait, comme ici, de promettre, mais irrévocablement, un contrat subordonné à une acceptation constitutive.

nature des fautes ainsi commises⁽¹⁰³⁹⁾, en ce que chacune⁽¹⁰⁴⁰⁾ ne sera pas cause du même dommage⁽¹⁰⁴¹⁾. Il convient toutefois de relever que la question de la responsabilité du

(1039) Appelant à retenir ce critère, v. not. O. DESHAYES, « Le dommage précontractuel », *RTD com.* 2004, pp. 187-204.

(1040) La faute qui réside dans la révocation en tant que telle, que celle-ci se soit déclarée sans droit ou dans un exercice abusif de ce droit, peut intervenir *ex nihilo* ou à l'issue d'une négociation préalable. Dans les deux cas, le grief est essentiellement le même, mais parce qu'il est plus facilement constitué et à l'origine d'un préjudice ordinairement plus important au cas de rupture de pourparlers, son examen se réalise le plus souvent sous cette hypothèse (sur quoi, v. déjà *supra*, *eod. num.*, spéc. note 1033). Le préjudice qui en résulte tient alors en premier lieu dans la perte subie du fait de ce retrait (*damnum emergens*), laquelle comprend, entre autres exemples, l'atteinte à la réputation que cette défection pourrait causer à la partie délaissée, ainsi suspectée par d'autres partenaires de manquer de sérieux (CA Versailles, 1^{er} avril 1999, *RJDA* 1999, n° 1285), et s'étend encore au coût de la négociation qui aura dû être engagée avec un tiers pour pallier la défaillance du rétractant, voire aux conditions moins favorables obtenues de cet autre cocontractant (Paris, 5 nov. 1999, *RTD civ.* 2000, p. 104, obs. J. Mestre et B. Fages). Mais il devrait également consister, en second lieu, en la perte d'une chance de conclure le contrat négocié (*lucrum cessans*), laquelle correspond au profit qu'en escomptait la partie délaissée, net de la prestation due à son cocontractant et réduit à proportion du risque qui subsistait pour les négociations de ne pas aboutir (dommages-intérêts positifs). La solution est discutée, et, si elle est pour l'heure écartée par la Cour de cassation, celle-ci l'avait autrefois admise, de sorte qu'il n'est pas exclu qu'elle y revienne un jour. V. ainsi Com., 2 nov. 1993, *Bull.*, IV, n° 380 ; 25 févr. 2003, préc. (*supra*, note 695) ; 3^e civ., 30 mars 2005, pourvoi n° 04-10662. Chez ses défenseurs, v. not. J. RICOT, *op. cit.* (*supra*, note 491), pp. 161-163 ; J. HUET, *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*, th. Paris II, 1978, n° 252 ; J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *op. cit.* (*supra*, note 493), n° 65, pp. 63-64. *Adde* CA Paris, 16 déc. 1998, préc. (*supra*, note 1033), qui précise que l'attribution de ces dommages-intérêts positifs exclut celle de dommages-intérêts négatifs qui consisteraient à indemniser les frais engagés au cours de la négociation (v. ci-dessous). *Contra* désormais : 3^e civ., 28 juin 2006, *Bull.*, III, n° 164 (*Rapp.*, p. 399 ; *JCP* 2006, I, 166, n° 6, obs. Ph. Stoffel-Munck, et II, 10130, note crit. O. Deshayes ; *D.* 2006, pan., p. 2639, obs. S. Amrani Mekki, et jur., p. 2963, note crit. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2006, p. 754, obs. J. Mestre et B. Fages, et p. 770, obs. P. Jourdain ; *Deffrénois* 2006, p. 1858, obs. crit. R. Libachaber) ; puis 7 janv. 2009, *Bull.*, III, n° 5 (*RTD civ.* 2009, p. 113, obs. B. Fages, et *RDC* 2009, p. 480, obs. Y.-M. Laithier) ; et encore Com., 18 sept. 2012, pourvoi n° 11-19629, publié au *Bull.*, qui rejettent par principe toute possibilité d'indemniser ce préjudice. Considérant toutefois que les pourparlers auront ici abouti à l'émission d'une offre ferme et précise, le risque pour le contrat de ne pas se conclure ne se limiterait plus qu'à l'occurrence pour l'une ou l'autre partie d'un événement dont il sera établi, au jour où se prononcera le juge, s'il aura suffi ou non, pour l'une, à justifier sa révocation ou, pour l'autre, à l'empêcher de donner son acceptation. Si bien que la révocation abusive de l'offre de contrat devrait permettre à son destinataire d'obtenir l'indemnisation de la totalité du bénéfice attendu de la convention, sauf pour le rétractant à démontrer que celle-ci ne se serait de toute façon pas formée pour une autre raison, légitime celle-là. Il en irait d'ailleurs de même dans le cas où cette rétractation ne mettrait un terme qu'à la sollicitation, sans affecter autrement les négociations en cours : le destinataire pourra toujours, si ces négociations finissent par ne jamais aboutir, reprocher au sollicitant sa révocation abusive et le contraindre au versement de ces mêmes dommages-intérêts positifs.

(1041) L'hypothèse se distingue donc tout à fait de celle dans laquelle il serait reproché à l'offrant, non plus d'avoir mis un terme à la procédure de passation du contrat, mais, au contraire, de s'en être extrait trop tard, ayant laissé se poursuivre, sinon même entamé, un processus qu'il ne souhaitait déjà plus voir aboutir ou qui conduisait à un projet irréalisable. À l'abus du droit de ne pas contracter qui précédait, répond ici, au revers, un abus du droit de négocier. Si bien que cette autre faute est alors cause d'un tout autre préjudice, constitué par les dépenses qui auront dû être réalisées pour la conduite de pourparlers voués à l'échec (dommages-intérêts négatifs). V. ainsi Com., 26 nov. 2003, *Manoukian*, *Bull.*, IV, n° 186 (*D.* 2004, p. 869, note A.-S. Dupré-Dallemagne, et SC, p. 2922, obs. E. Lamazerolles ; *RTD civ.* 2004, p. 80, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2004, p. 257, obs. D. Mazeaud), qui, relevant que les époux défectionnaires avaient rompu les négociations plusieurs semaines après avoir cédé leur titres à un tiers, précise, même en des termes trop généraux, que ces agissements « ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat » et que « le préjudice subi [...] n'incluait que les frais occasionnés par la négociation et les études préalables ». Outre ces frais d'études, le préjudice réparable pourrait également tenir, entre autres exemples, dans des frais de déplacement (Com., 20 mars 1972, préc., *supra*, note 691), des frais d'immobilisation (3^e civ., 19 févr. 1977, *D.* 1977, p. 593, note J. Schmidt-Szalewski), une acquisition de matériels (CA Agen, 21 août 2002, *JCP* 2003, II, 10162, note A. Lecourt), ou dans tout investissement que le rétractant aura requis de son interlocuteur (v. not. Com., 22 févr. 1994, *Bull.*, IV, n° 72 ; *RTD civ.* 1994, p. 849, obs. J. Mestre). Hors ce premier chef d'indemnisation, la victime pourra également obtenir, le cas échéant, réparation du prix de la rupture elle-même, au moins pour la part qui dépasserait celle qui se serait

(suite p. suiv.)

rétractant ne devrait se poser que dans l'hypothèse où son interlocuteur n'aura pas ignoré la révocation, se trouvant ainsi empêché de former le contrat. Car, dans le cas contraire, celui qui donnerait son acceptation à une offre qu'il aura légitimement crue encore en vigueur disposera toujours de la faculté de forcer à la conclusion du contrat sur le fondement de l'apparence et n'aurait dès lors aucune raison de se plaindre d'une révocation qui ne s'imposera pas à lui⁽¹⁰⁴²⁾. Peu importe à cet égard qu'il sache l'offre susceptible de révocation : il sait aussi que cette révocation doit lui être adressée, d'une manière ou d'une autre. Si on ne lui permettait pas de se prévaloir de l'apparence en ce cas, on l'obligerait à vérifier systématiquement que son acceptation aura bien produit son effet, et l'on retrouverait tous les inconvénients de la théorie de la réception⁽¹⁰⁴³⁾.

On peut donc, en définitive, distinguer quatre périodes. La première court entre l'émission et la réception de la pollicitation et permet à son auteur de la rattraper par un moyen de transmission plus rapide, quand bien même s'agirait-il d'une offre absolument irrévocable. La seconde, qui s'ouvre à la réception de l'offre et s'achève avec l'émission de sa révocation éventuelle et ultérieure, est celle au sein de laquelle l'acceptation conclut normalement le contrat. Un troisième temps s'en suit alors entre l'émission et la réception de la révocation de l'offre : l'acceptation exprimée à ce moment devient tardive, et ne forme en principe plus l'accord, mais elle octroie encore à son auteur la faculté de se prévaloir de l'apparence pour y forcer néanmoins. Enfin, la dernière période, qui s'ouvre à la réception de la révocation, ne permet plus à son destinataire de forcer au contrat, mais

imposée au cas de retrait plus précoce. Pour ce cumul, v. par ex. Com., 26 avril 1976, *Bull.*, IV, n° 136. Et en doctrine : D. LEFORT, *op. cit.* (*supra*, note 386), n° 97, pp. 67-68 ; O. DESHAYES, art. préc. (*supra*, note préc.), n° 35, p. 203 ; P. CHAUVEL, « Rupture des pourparlers et responsabilité délictuelle », *Dr. & Patr.*, nov. 1996, pp. 36-46, spéc. n°s 36 et 37, p. 46. Cette double indemnisation comblera ainsi la totalité de la perte subie (*damnum emergens*). Enfin, il lui sera encore possible d'arguer de la perte d'une chance d'avoir pu conclure pendant ce temps un autre contrat avec un tiers et de réclamer par suite des dommages-intérêts compensatoires de ce dernier préjudice (*lucrum cessans*). En ce sens, v. par ex. Com., 18 juin 2002, pourvoi n° 99-16488 ; *RJDA* 2002, n° 1111 ; *RTD civ.* 2003, p. 282, obs. J. Mestre et B. Fages. Rapp. égal. Avant-projet de Code européen des contrats, Académie des privatistes européens, dir. G. Gandolfi, Pavie, 2001, art. 6, al. 4. *Addé* J. GHESTIN, « Les dommages réparables à la suite de la rupture abusive des pourparlers », *JCP* 2007, I, 157, n° 21 et s.

Dans l'hypothèse donc où l'auteur de l'offre aurait longtemps tergiversé avant de rompre sans motif légitime les pourparlers par le biais d'une révocation abusive de sa proposition, il se rendrait coupable de deux fautes successives, et laisserait à sa victime la faculté d'exciper de l'une ou de l'autre selon l'importance de ses différents préjudices. Sur le principe de ce choix, v. Y.-M. LAITHIER, « La distinction entre « intérêt positif » et « intérêt négatif » à l'épreuve des avant-contrats », in *L'avant-contrat – Actualité du processus de formation des contrats*, dir. O. Deshayes, PUF, 2008, pp. 153-164, spéc. p. 162 et s. Si son partenaire attendait beaucoup du contrat, il lui reprochera d'en avoir injustement empêché la conclusion ; mais s'il a perdu plus encore au cours de la négociation, il l'accusera au contraire de ne pas l'avoir interrompue plus tôt. C'est donc toujours la même trame qui court sur ce canevas : plus les pourparlers durent, plus ils couvent un préjudice important, et plus ils contraignent les parties à conclure le contrat (sur quoi, v. déjà *supra*, *eod. num.*, spéc. note 1033).

Quant à la faute étrangère au principe de la révocation, qui n'aurait été commise qu'à l'occasion de celle-ci, elle commande l'allocation de dommages-intérêts qui dépendront de l'infinie variété des comportements incriminés et des dommages de toute nature que ceux-là auront fait naître. V. par ex. CA Versailles, 1^{er} avril 1999, *RJDA* 1999, n° 1285, pour une atteinte à la réputation professionnelle ; CA Agen, 21 août 2002, préc. (*supra*, note 1040), pour une rupture consommée dans des conditions vexatoires.

(1042) Sur quoi, v. déjà, *supra*, n° 232, *in fine*.

(1043) Sur lesquels, v. *supra*, n° 236.

elle lui laisse toujours ouverte la voie d'une éventuelle action en responsabilité pour rétractation abusive.

Et l'acceptation ne sera pas seulement soumise à la menace de la révocation de l'offre : quand bien même le pollicitant ne se rétracterait-il pas, l'adhésion du destinataire pourrait toujours se voir privée d'effet si l'offre avait déjà été acceptée.

3. L'offre acceptée

250. Une offre exclusive – Pour qu'une acceptation subisse la concurrence de celle qui l'aura précédée, il faut que la pollicitation n'en ait admis qu'une, et qu'elle ait donc eu pour objet une prestation exclusive. Tel serait notamment le cas de l'offre de contrat translatif portant sur un corps certain.

Mais à cette première offre se joint également celle qui, promise à la conclusion de plusieurs contrats, limiterait cependant le nombre d'acceptations recevables, comme il en irait typiquement pour l'offre de vente faite jusqu'à épuisement des stocks⁽¹⁰⁴⁴⁾. On découvre en effet à l'examen qu'une telle pollicitation ne se comprend pas comme une proposition unique à laquelle viendraient s'agréger plusieurs acceptations successives formant autant de contrats, mais comme une pluralité d'offres simultanément déclarées et dont chacune est appelée à recevoir sa propre acceptation. Une même offre, en effet, aussi bien que son acceptation, ne peut jamais tendre qu'à la conclusion d'une unique convention. Il en résulte que, strictement, la perfection du dernier accord ne constitue pas un terme extinctif de la validité d'une seule offre continue, ainsi qu'on le présente trop souvent, mais, bien différemment, l'effet d'une énième pollicitation, laquelle s'éteint donc, non par caducité, mais par réalisation de son objet, comme toutes celles qui l'ont précédée. Dès lors, la question de l'acceptation tardive ne se posera jamais qu'à l'égard de cette dernière offre⁽¹⁰⁴⁵⁾.

L'acceptation tardive pourrait être le fait du même destinataire, si celui-ci cherchait à manifester ce faisant un acquiescement qu'il aurait déjà formulé, ou s'il entendait constituer deux contrats sur la même offre. Mais le plus souvent, la situation concernera la pollicitation faite au public pour un unique contrat ou pour un nombre défini de contrats. La règle est alors que l'offre à personne indéterminée forme le contrat avec le premier acceptant : *Prior tempore, potior jure*.

(1044) Sur la nature de cette réserve, v. égal. *supra*, n° 152, spéc. note 337.

(1045) Si donc un commerçant solde un produit dont il ne lui reste que cent exemplaires en réserve, il exprime simultanément, par une même déclaration, cent offres de vente, en sorte que la centième acceptation répondra à la dernière offre, et que la cent et unième restera sans effet, exactement comme s'il y avait eu deux acceptations successives pour une seule offre.

Tout autre serait la situation de l'offre invitant plusieurs destinataires à la conclusion d'un même contrat collectif : ne tendant à la formation que d'une seule convention, cette offre-ci est bien unique, en dépit de la pluralité d'acceptations. Par conséquent, et pour seul exemple, la proposition d'association qui exclurait toute nouvelle adhésion au-delà d'un certain nombre de sociétaires deviendra bien, pour sa part, caduque une fois la dernière adhésion obtenue.

251. Une acceptation ineffective – L'offre déjà acceptée a produit son effet en formant le contrat proposé. Elle n'est donc ni caduque, ni révoquée : l'acceptation antécédente constitue bien une cause propre d'inefficacité de l'adhésion ultérieure, et, par voie de conséquence, d'inexistence du contrat.

De la même manière que pour toute autre acceptation tardive, toutefois, celle-ci pourra encore tendre à la conclusion forcée de l'accord sur le fondement de l'apparence si son auteur a pu légitimement ignorer, non seulement l'existence de l'acceptation précédente, mais la possibilité même de se voir ainsi devancer. Il faudrait pour y prétendre que l'intéressé ait pu croire être destinataire d'une offre non publique et qui semblait, comme telle, lui être réservée⁽¹⁰⁴⁶⁾, ou que son objet ne lui soit pas apparu exclusif. Il résulte de ce système que le second acquéreur d'un corps certain devrait ainsi pouvoir, sur le fondement de l'apparence, primer le premier acceptant concurrent⁽¹⁰⁴⁷⁾. Mais à défaut pour l'acceptant

(1046) Toute offre à personne déterminée est par nature réservée à ce destinataire (v. *infra*, n° 256), en ce du moins que le pollicitant devra spécialement prévenir qu'il s'autorise à la proposer simultanément à d'autres, ou lui communiquer, à défaut, sa rétractation ultérieure (v. *supra*, n° 248).

(1047) On n'a pas assez remarqué à cet égard comme la règle posée à l'article 1141 du Code civil, qui fait dépendre la préférence entre les deux acquéreurs successifs de la mise en possession réelle, est tout droit issue de la doctrine de POTHIER qui, fidèle sur ce point aux enseignements du droit romain, soumettait encore le transfert de propriété à la formalité de la tradition, même feinte, du bien vendu. V. not. *Traité du contrat de vente*, préc. (*supra*, note 86), n° 318, in *Œuvres de Pothier*, par J. Bugnet, t. III, p. 131 : « *l'effet de la tradition est de faire passer en la personne de l'acheteur la propriété de la chose vendue, pourvu que l'acheteur en ait payé le prix, ou que le vendeur ait suivi sa foi. — Le contrat de vente ne peut pas produire par lui-même cet effet. Les contrats ne peuvent former que des engagements personnels entre les contractants : ce n'est que la tradition faite en conséquence du contrat, qui peut transférer la propriété de la chose qui a fait l'objet du contrat* » Et encore *Traité du droit de domaine de propriété*, J. Debure, Paris, et V^{te} Rouzeau-Montaut, Orléans, 1772, n° 245 (*Œuvres de Pothier*, par J. Bugnet, éd. Cosse & Delamotte, t. IX, 1846, p. 186), où il discute l'opinion contraire des auteurs modernes. Or, c'est cette autre solution que le Code a finalement consacrée à l'article 1138, tout en oubliant de se départir de la condition de mise en possession dans la résolution du conflit entre acquéreurs successifs. L'explication s'en trouve dans le fait que les codificateurs n'ont manifestement considéré que l'hypothèse dans laquelle la mise en possession opérerait en faveur du second acquéreur (v. ainsi F.-J.-J. BIGOT-PRÉAMENEU, exposé des motifs, Corps lég., 7 pluv. an XII, in P. A. Fenet, *op. cit.* (*supra*, note 62), t. XIII, p. 231 ; et G.-J. FAVART, rapp. Trib., 13 pluv. an XII, *ibid.*, p. 322), auquel cas les règles de l'Ancien droit convergent en effet avec celles du droit nouveau pour investir le dernier acceptant de la propriété. À aucun moment il n'a été envisagé que le possesseur pouvait aussi bien être le premier acceptant, et que le préférer alors au second en application d'un critère exhumé de l'Ancien droit revenait à mettre les principes nouveaux en contradiction avec eux-mêmes. À s'en tenir là en effet, la solution qui consiste à privilégier la mise en possession, si elle a bien pour intérêt pratique d'éviter tout nouveau transport du bien, paraît heurter de front la logique juridique : puisqu'il est désormais acquis que le transfert de propriété opère *solo consensu*, il devient difficile de comprendre, sauf à ignorer également le jeu de la théorie de l'apparence, et par là l'article 2279 ancien, comment le second acquéreur de bonne foi pourrait le céder au premier. Pour l'admettre néanmoins, il faut accepter de faire du paiement un acte juridique, et estimer alors que l'exécution de la vente que réaliserait la mise en possession autoriserait ses parties à se prévaloir à leur tour de l'apparence, aux dépens donc de l'autre acquéreur, même second en date. De la novation juridique que constituait l'article 1138 a du reste émergé une autre contradiction – celle-ci largement dénoncée – révélée par la survie à divers endroits du Code de l'ancienne obligation de donner, c'est-à-dire de transférer la propriété par tradition du bien vendu.

Quant à l'hypothèse dans laquelle l'acquéreur serait à l'inverse, mais plus rarement, l'auteur d'une offre d'achat, elle n'exclut pas pour autant le bénéfice de l'apparence. La théorie aura encore vocation à jouer, en effet, non plus du fait de l'ignorance de la disparition de l'offre, par hypothèse, mais à cause de la croyance légitime de l'une ou l'autre partie, même pollicitant, en la possibilité juridique de l'objet du contrat. Sur cette autre application de la théorie de l'apparence, v. déjà *supra*, n° 229, *in limine*. Il en ira alors de même au cas où le vendeur aurait émis deux offres successives au lieu d'une seule acceptée deux fois : la seconde offre existera bien, et l'acceptant n'aura donc pas été en cela trompé ; mais se donnant pour objet de vendre une chose déjà cédée à autrui, elle tendrait à la formation d'un contrat nul pour objet juridiquement impossible. C'est en considération de cet objet, et non du fait de l'état persistant ou pas de l'offre, que l'acceptant pourra encore se

(suite p. suiv.)

d'avoir pu ignorer l'existence ou l'éventualité de cette autre adhésion, le consentement qu'il exprimerait demeurerait sans aucun effet possible, et la convention qu'il prétendrait conclure resterait parfaitement inexistante.

Si bien qu'il apparaît en dernière analyse que plus le destinataire de l'offre tardera à retourner son acceptation, plus augmentera pour lui le risque de se voir opposer l'inexistence de l'accord, que ce soit par l'écoulement du délai raisonnable de validité de la proposition reçue, du fait de la rétractation anticipée de cette offre ou, finalement, de son acceptation préalable par un tiers. Dans l'hypothèse néanmoins où l'offre aurait été faite à personne déterminée, son destinataire ne devrait plus craindre cette autre concurrence, car c'est l'acceptation de ce tiers qui tendrait alors à l'inexistence du contrat.

II - L'ACCEPTATION PAR UN TIERS

252. Une acceptation par intrusion – L'offre de contrat adressée à une personne déterminée ne peut être acceptée par un autre que ce destinataire. L'accord manquerait en effet à se former si un tiers se présentait pour accepter en son propre nom (A), ou s'il prétendait accepter sans pouvoir au nom du destinataire (B).

A - L'ACCEPTATION EN SON NOM PROPRE

253. Une offre réservée – Ce n'est plus à présent le retard de l'acceptant mais son défaut de qualité qui prive son consentement de tout effet constitutif. À moins de pouvoir se prévaloir de l'apparence, soit, en l'occurrence, d'avoir légitimement pu croire avoir été destinataire de la sollicitation transmise, son adhésion ne conclura aucun accord. Tout au plus admettra-t-on de la convertir en nouvelle offre de contrat, et d'abandonner ainsi au pollicitant originaire le pouvoir de former l'engagement proposé avec cet autre contractant⁽¹⁰⁴⁸⁾.

L'offre transmise à une personne déterminée est, pour cette raison, une offre réservée⁽¹⁰⁴⁹⁾. Elle pourra l'être de trois manières différentes, selon que le pollicitant aura

prévaloir en ce cas de l'apparence pour exproprier le premier acquéreur. Ce caractère optionnel du mécanisme œuvrant à la validation de la vente de la chose d'autrui explique que la jurisprudence ait de longue date préféré sanctionner la cession *a non domino* par la nullité relative plutôt que la nullité absolue (depuis Civ., 23 janv. 1832, *S.* 1832, I, col. 66 ; *Les grands arrêts jur. civ.*, préc. (*supra*, note 286), n° 263). À présent pourtant que l'effet de l'apparence se fait mieux connaître, et que les délais de prescription se trouvent unifiés, le temps paraît venu de restituer à la nullité absolue le domaine qui est le sien, et de refouler ce faisant les débordements que, de toute part, excrète aujourd'hui la nullité relative.

(1048) Sur le mécanisme de cette conversion, v. déjà *supra*, n° 228, *in fine*.

(1049) Sur cette réserve, non disqualifiante, v. *supra*, n° 152.

considéré les qualités propres à la personne du destinataire, la superficie du patrimoine que celui-ci peut engager, ou encore sa propriété d'un bien déterminé. Selon les cas, l'offre sera ainsi émise *intuitu personae* (1), *intuitu pecuniae* (2) ou *intuitu rei* (3).

1. L'offre *intuitu personae*

254. La désignation du destinataire – L'offre la plus exclusive s'exprime *intuitu personae*, c'est-à-dire au regard des qualités personnelles que le pollicitant reconnaît à son destinataire.

Certaines pollicitations paraissent, par nature, revêtir ce caractère. Toute offre déclarée en vue de gratifier une personne déterminée est ainsi réputée émise en considération de la personne de ce bénéficiaire⁽¹⁰⁵⁰⁾. De même, la proposition d'embauche de l'employeur n'aura-t-elle été transmise qu'après appréciation par celui-ci des qualités personnelles qu'il aura prêtées à son destinataire⁽¹⁰⁵¹⁾. Et l'on peut y ajouter pour autre exemple la pollicitation qui se proposerait de transférer la jouissance d'un corps certain à titre temporaire : serait ainsi présumée faite *personae coherentes* l'offre du propriétaire de donner son bien en prêt, en location ou, désormais, en fiducie⁽¹⁰⁵²⁾.

Strictement, l'appréciation de ces qualités est d'abord subjective, en ce que nul autre que l'auteur de l'offre ne devrait pouvoir juger de leur conformité. Il n'y a là que l'expression de la liberté de choix de son cocontractant. Du moins en ira-t-il ainsi pour autant que l'auteur qui aura voulu contracter *intuitu personae* n'aura rien dévoilé des qualités d'après lesquelles il se sera déterminé. Car, dès lors qu'il aura défini et déclaré les conditions de son choix, celui-ci s'exposera à l'examen et à une critique éventuelle⁽¹⁰⁵³⁾. À un dernier stade, le pollicitant pourrait même se contenter d'indiquer dans son offre les qualités attendues de son cocontractant, sans autrement l'identifier, et sans porter donc aucune appréciation subjective sur sa personne, sauf à contester ultérieurement la réunion par l'acceptant des qualités requises. S'il peut paraître difficile de qualifier encore ce genre de proposition d'offre *intuitu personae* au sens strict, au moins observe-t-on qu'elle s'oppose aussi efficacement que la première à l'acceptation de celui qui ne répondrait pas aux conditions stipulées. Il s'agit en somme d'une offre faite à personne indéterminée au sein d'un groupe déterminé, ou, autrement posé, d'une offre à personne objectivement déterminée. À la différence cependant de l'offre *intuitu personae* au sens le plus strict, l'indétermination

(1050) Il faudrait d'ailleurs inverser ce rapport pour présumer qu'il devrait en aller de même de la demande de gratification : celui qui exprime ce désir à l'égard d'un seul le fait probablement en considération de la relation personnelle qu'il entretient avec celui-ci et n'entend peut-être pas recevoir cet avantage de n'importe qui d'autre.

(1051) V. *supra*, n° 157, spéc. note 372, à propos de l'offre publique d'emploi.

(1052) V. *supra*, n° 157, spéc. note 376, pour le cas où une telle offre aurait été faite à personne indéterminée.

(1053) V. *infra*, n° 255. En ce sens, v. par ex. D. KRAJESKI, *L'intuitus personae dans les contrats*, th. Toulouse, 1998, La Mouette, La Baule, coll. Doctorat et Notariat, vol. 5, 2001, n° 308, p. 171.

relative du destinataire de la proposition faite à personne objectivement déterminée ne s'oppose pas à l'existence de la pollicitation, et là réside précisément son intérêt⁽¹⁰⁵⁴⁾.

255. L'exclusion du tiers – En désignant son cocontractant en considération de ses qualités propres, le pollicitant dresse un obstacle insurmontable à toute acceptation exprimée par un autre que ce destinataire. Vainement un tiers intéressé arguerait-il de qualités équivalentes ou supérieures à celles du destinataire pour prétendre accepter la proposition à sa place. Tout au plus pourra-t-il se plaindre, le cas échéant, du caractère illégitime de la discrimination dont il estimera avoir été victime⁽¹⁰⁵⁵⁾.

Et il n'en ira pas autrement de l'offre émise à destination d'une personne déterminée par la réunion de critères objectifs⁽¹⁰⁵⁶⁾ : celui qui ne répondrait pas à ces critères objecterait aussi peu utilement en remplir d'autres plus pertinents, sauf à établir ici encore le caractère injustement discriminatoire des conditions imposées par le pollicitant. Il n'est que dans l'hypothèse où l'auteur aurait identifié la personne de son cocontractant tout en faisant

(1054) On se rappelle en effet que l'offre strictement *intuitu personae* doit nécessairement s'adresser pour sa part à un destinataire nommément désigné, sous peine de se voir disqualifiée en appel d'offre ou en simple invitation à entrer en pourparlers : v. *supra*, n° 157, spéc. note 371.

(1055) Toute pollicitation dont il serait démontré que le caractère *intuitu personae* se fondait sur la volonté de son auteur d'évincer d'autres intéressés pour des raisons tenant à leur personne et sans rapport avec l'objet du contrat proposé pourrait être constitutive de l'infraction définie aux articles 225-1 et suivants du Code pénal. V. spéc. C. pén., art. 225-2, qui incrimine la discrimination ainsi opérée pour « *refuser la fourniture d'un bien ou d'un service* », « *refuser d'embaucher* », ou encore « *surbordonner la fourniture d'un bien ou d'un service* » ou « *une offre d'emploi* ». L'infraction n'en serait d'ailleurs que plus facilement établie si l'offre était adressée à des personnes déterminées en fonction de critères indiquées sur celle-ci. Au-delà, l'offre discriminatoire est encore parfois l'objet d'un régime propre de condamnation par le droit civil lorsqu'elle tend notamment à la conclusion d'un contrat de bail sur un immeuble (L. 89-462 du 6 juill. 1989, art. 1^{er}, al. 3 ; et déjà L. 48-1360 du 1^{er} sept. 1948, art. 54, pour l'offre de bail qui exclurait un candidat en raison du nombre de ses enfants), à celle d'un contrat de travail (C. trav., art. L. 1132-1 et L. 1132-4, pour le principe ; art. L. 1142-1, d'après lequel « *nul ne peut : 1° Mentionner ou faire mentionner dans une offre d'emploi le sexe ou la situation de famille du candidat recherché* » ; art. L. 2141-5 et L. 2141-8, pour la discrimination fondée sur l'appartenance à un syndicat ; et encore, de façon toujours plus générale, L. 2008-496 du 27 mai 2008, art. 2, 2^o), ou à la fourniture d'un bien ou d'un service à un consommateur (C. consom., art. L. 122-1 ; et L. 2008-496 du 27 mai 2008, art. 2, 1^o et 4^o). Entre commerçants même, l'offre qui ne traiterait pas également les différents partenaires de son auteur engagerait la responsabilité de ce dernier en application de l'article 81, paragraphe 1^{er}, point d, du Traité instituant la Communauté européenne. Quant aux commerçants non partenaires, ils pourraient quant à eux établir que l'offre aurait été réservée en exécution d'une entente contrevenant au libre jeu de la concurrence (C. com., art. L. 420-1 ; Traité CE, art. 81, § 1) ou par le jeu d'un abus de position dominante ayant consisté pour son auteur à user de son pouvoir économique pour écarter ses concurrents de la procédure de passation des marchés proposés (C. com., art. L. 420-2, al. 1^{er} ; Traité CE, art. 82). Mais en toute hypothèse, cette discrimination, constitutive d'un abus du pollicitant dans l'exercice de sa liberté contractuelle, ne devrait être sanctionnée que par l'allocation de dommages-intérêts, et, en aucun cas, par la conclusion forcée du contrat réservé. V. ainsi Principe Acquis, art. 3:201 et 3:202. Sur cette sanction de l'abus dans l'exercice du droit de ne pas contracter, v. déjà *supra*, n° 212, note 692, à propos du refus de l'offre par son destinataire, et n° 249, *in medio*, pour la révocation de l'offre par son auteur.

(1056) V. par ex. CA Paris, 2 mars 1992, *D.* 1992, IR, p. 152, qui juge que l'acceptation exprimée par un grossiste ne se conformait pas à l'offre de vente qui excluait implicitement l'achat en gros du produit proposé. Seule, comme toujours, l'ignorance légitime de la restriction permettra à l'acceptation de forcer nonobstant à la formation du contrat. V. ainsi 3^e civ., 1^{er} juill. 1998, *Bull.*, III, n° 153 ; *D.* 1999, p. 170, note L. Boy ; *Defrénois* 1998, p. 1406, obs. Ph. Delebecque ; *RTD cin.* 1999, p. 80, obs. J. Mestre ; *PA* 6 oct. 1999, n° 199, p. 16, note D. R. Martin, au sujet de l'offre de vente d'un terrain émise par une commune pour attirer de nouveaux habitants et acceptée par un habitant de la commune qui ignorait ce motif.

connaître les raisons de son choix qu'il deviendra possible de lui reprocher de les avoir méconnues, et d'exercer de cette façon un contrôle de son erreur manifeste d'appréciation.

Cette exclusion du tiers se parachève dans la nature rigoureusement intransmissible de l'offre *intuitu personae*. Son destinataire ne pourrait en effet en transférer le bénéfice ni à un tiers, de son vivant, ni à sa succession, pour le jour de sa mort : c'est lui seul que le pollicitant a voulu pour cocontractant. Même celui qui aura été objectivement identifié par la réunion de critères prédéterminés ne transmettra pas cette offre : l'ayant cause qui se présenterait comme acceptant n'y prétendra pas par succession mais parce qu'il aura été lui-même désigné par les spécifications de l'offre.

Si bien que, en toute hypothèse, l'acceptation retournée par celui qui n'était pas le destinataire immédiat de la pollicitation resterait parfaitement inefficace et ne tendrait qu'à un contrat inexistant⁽¹⁰⁵⁷⁾. Et cette solution trouverait encore à s'imposer si, moins qu'*intuitu personae*, l'offre avait été émise *intuitu pecuniae*.

2. L'offre *intuitu pecuniae*

256. La désignation du destinataire – L'offre que le pollicitant adresse à son destinataire en considération, non plus du gage que lui paraissent présenter ses qualités personnelles, mais de celui constitué par son patrimoine, est dite *intuitu pecuniae*⁽¹⁰⁵⁸⁾. À cet égard, toute proposition faite à personne déterminée d'un contrat érigeant une obligation sur la tête de l'acceptant, soit, par conséquent, toute offre de contrat synallagmatique, est réputée transmise en considération de cet intérêt pécuniaire. C'est ce caractère général de l'*intuitus pecuniae* qui explique que, joint à la nature *intuitu personae* des offres libérales⁽¹⁰⁵⁹⁾, nul autre que le destinataire ne puisse en principe accepter une offre faite à personne déterminée⁽¹⁰⁶⁰⁾.

(1057) C'est en ce sens que POTHIER (*Traité de la procédure civile*, préc. (*supra*, note 773), n° 737, 2°) estimait que l'erreur sur la personne empêchait la formation même de la convention s'agissant, non pas d'une erreur sur les qualités que l'on a cru pouvoir attribuer à son cocontractant, mais de celle commise par l'acceptant adhérent à une offre qui, eu égard aux qualités exigées par le pollicitant, ne lui était pas destinée (rapp. *Traité des obligations*, préc. (*supra*, note 97), n° 19, même sous la qualification alors de « nullité »). V. sur ce point R. DAVID, « La doctrine de l'erreur dans Pothier et son interprétation par la *common law* d'Angleterre », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri CAPITANT*, Dalloz, 1939, pp. 145-158, spéc. pp. 154-156.

(1058) Sortie d'usage, l'expression subie désormais la concurrence de vocables recomposés à partir du précédent, mieux connu. On trouve ainsi, pour exprimer la même idée, le terme d'« *intuitus personae financier* » (M.-E. ANDRÉ, « L'*intuitus personae* dans les contrats entre professionnels », *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, pp. 23-44, n° 11, p. 28). La différence de nature entre *intuitus pecuniae* et *intuitus personae* a parfois même été niée : v. par ex. M. CONTAMINE-RAYNAUD, *op. cit.* (*supra*, note 371), n° 147, p. 204, au motif qu'il serait « impossible de distinguer de façon absolue personne et patrimoine ». Pour la distinction cep., v. Ch. LAPP, *Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier*, th. Strasbourg, 1950, n° 65, p. 99 : « la considération de la solvabilité du débiteur [...] n'est pas suffisante pour conférer à la créance le caractère d'*intuitu personae* » ; L. AYNÈS, *op. cit.* (*supra*, note 389), nos 350 et 351, pp. 239-240.

(1059) V. *supra*, n° 254. C'est encore cette nature *intuitu pecuniae* du contrat synallagmatique qui, une fois constitué, justifie notamment de devoir obtenir l'agrément du cocontractant pour en céder la qualité de partie à l'acte.

(1060) Le principe connaissant son exception dans les droits de préemption ou de retrait organisés par la loi ou une convention antérieure. Ce qui suppose que celui qui prétend exercer un tel droit en soit bien titulaire, (*suite p. suiv.*)

Même, en effet, si le gage financier du destinataire est susceptible de faire l'objet, en soi, d'une évaluation objective, cette appréciation doit rester par principe subjective, ne serait-ce que parce qu'il n'est guère envisageable de compliquer la formation de chaque contrat d'une procédure d'inventaires comparés, laquelle imposerait d'ailleurs une atteinte assez peu justifiable à la discrétion dont chacun doit pouvoir bénéficier dans la jouissance de ses biens. Objectiver cette appréciation reviendrait à priver par ailleurs la liberté contractuelle l'une de ses prérogatives, puisqu'il ne serait plus possible de choisir son cocontractant sans risquer de se le voir substituer. Cette liberté désigne finalement le pollicitant pour seul responsable : lui seul devra assumer le risque d'insolvabilité du cocontractant qu'il aura choisi.

Sur ce principe, l'offrant pourra toujours définir et communiquer *a priori* ses critères d'appréciation, auquel cas tous ceux qui y satisferont pourront donner leur acceptation, soit le premier d'entre eux si l'offre ne valait que pour une unique prestation. Comme pour l'offre *intuitu personae*, il s'agira alors d'une pollicitation faite à personne objectivement déterminée, ou à personne indéterminée au sein d'un groupe déterminé⁽¹⁰⁶¹⁾. À la différence de celle-là, cependant, l'*intuitus* marqué au regard du seul patrimoine du destinataire paraît devoir le céder au caractère public de l'offre en ceci que l'on présumera que la pollicitation faite à personne indéterminée était dépourvue de tout *intuitus pecuniae* plutôt qu'on ne la disqualifierait en invitation à entrer en pourparlers ou en appel d'offre⁽¹⁰⁶²⁾. Ce en quoi l'indication des critères déterminant les destinataires de la pollicitation revêtira d'autant plus d'intérêt pour son auteur.

257. L'exclusion du tiers – De ce que l'évaluation du gage du cocontractant ressortit à la seule appréciation du pollicitant, il résulte que nul tiers ne pourrait prétendre accepter la proposition faite à personne déterminée et former le contrat pour son propre compte⁽¹⁰⁶³⁾, même au prétexte que son patrimoine serait objectivement plus important que celui du destinataire de l'offre. Si un autre acceptant que l'interlocuteur désigné peut se présenter à

faute de quoi son acceptation resterait sans effet. Rappr. 3^e civ., 17 févr. 2010, pourvoi n° 09-10474, qui prononce en ce cas une « nullité » de la vente susceptible d'être invoquée par le tiers acquéreur évincé, comme si celle-ci était donc affectée d'inexistence.

Une autre exception pourrait également concerner l'offre de contrat unilatéral dépourvu de tout attachement à la personne du bénéficiaire, ainsi qu'il en irait, par exemple, d'une offre de cautionnement : si l'acceptation d'un tiers – par exemple créancier du destinataire – permet de réaliser l'opération cause de l'engagement fidéjusseur, il n'est aucune raison de la priver de son effet constitutif. À moins qu'il ne soit établi, mais spécialement alors, que la caution n'ait proposé sa garantie qu'en considération, aussi, de la personne du créancier (sur quoi, v. D. HOUTCIEFF, « Contribution à l'étude de l'*intuitus personae* », RTD civ. 2003, pp. 3-29).

(1061) V. *supra*, n° 254, *in fine*.

(1062) Comp. pour l'offre *intuitus personae* : *supra*, n° 157, spéc. note 371. Pour la qualification de pollicitation applicable à l'offre faite au public, v. *supra*, n° 152, spéc. note 335.

(1063) La solution s'énonce expressément, si besoin était, au paragraphe 52 du *Restatement Second on contracts*.

l'auteur d'une offre faite *pecuniae coherentes*, ce ne sera que parce qu'il aura succédé à titre universel aux biens de ce destinataire⁽¹⁰⁶⁴⁾.

Cette transmissibilité à cause de mort de la pollicitation émise en considération du patrimoine du destinataire la distingue, sur cet autre point encore, de l'offre *intuitu personae*⁽¹⁰⁶⁵⁾ : il est naturel en effet, puisque seule l'assiette patrimoniale de son gage a déterminé le choix du cocontractant, de décider que le dévolutaire de ce patrimoine succède également au bénéfice de l'offre. Dans l'hypothèse néanmoins où l'universalité aurait, comme souvent, échoué à une pluralité d'héritiers, le contrat requerra pour se former une acceptation émise pour le compte de l'indivision, à l'unanimité de ses membres, à la majorité des deux tiers, ou par un seul indivisaire selon que le contrat proposé constitue un acte de disposition, d'administration ou de conservation sur le patrimoine indivis. Après le partage, l'acceptation devra, si la nature du contrat le permet, être exprimée par la totalité des copartageants afin de préserver l'assiette du gage désigné par le pollicitant⁽¹⁰⁶⁶⁾.

Aucune transmission du bénéfice de l'offre n'est en revanche possible entre vifs, sous peine d'imposer au pollicitant un patrimoine qu'il n'a pas choisi. S'il est besoin de s'en convaincre, on observera qu'une telle transmission serait de toute façon juridiquement impossible pour cette raison que l'offre ne constitue pas un actif patrimonial et qu'elle ne peut donc pas, en tant que telle, faire l'objet d'une cession⁽¹⁰⁶⁷⁾. Ce en quoi l'offre *intuitu pecuniae* se distingue aussi, à l'autre bout, de l'offre *intuitu rei*.

3. L'offre *intuitu rei*

258. La désignation du destinataire – Est émise *intuitu rei* toute offre de contrat ayant pour objet, translatif ou non, un corps certain. Une offre d'achat est donc affectée de ce caractère, dès lors qu'elle ne porte pas sur une chose de genre, mais il en ira tout autant, par exemple, de celui qui se proposerait de réaliser quelque ouvrage sur ce bien. À la différence des autres offres à personne déterminée, cependant, la désignation du

(1064) L'offre adressée par erreur à un autre que le destinataire recherché par le pollicitant existera bien, mais son acceptation par son récepteur resterait inefficace, sauf la croyance légitime de l'acceptant. En ce sens, v. par ex. 3^e civ., 21 juin 1995, *RJDA* 1995, n° 936. Et pour le droit anglo-américain, v. M. FURMSTON (dir.), *The Law of Contract*, 2^e éd., Butterworths, Londres, 2003, § 2.216, p. 416. Voyant ainsi un cas d'inexistence du contrat en cette hypothèse : E. GAUDEMET, *op. cit.* (*supra*, note 43), pp. 63-64.

Quant à l'acceptation qui prétendrait être donnée par un créancier pour le compte de son débiteur, destinataire de la pollicitation, elle serait tout aussi inefficace : l'exercice de la liberté contractuelle est exclusivement attaché à la personne de son titulaire (C. civ., art. 1166). V. en ce sens Com., 21 janv. 1974, *Bull.*, IV, n° 24 ; *Gaz. Pal.* 1975, I, p. 21, note J. Lachaud, à propos de l'exercice d'un droit de préemption. Chez les auteurs, v. not. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.* (*supra*, note 19), n° 1143, p. 1134 : « l'action oblique ne peut être prétexte à s'immiscer dans la gestion du patrimoine du débiteur, par exemple en vue de la passation d'actes juridiques ».

(1065) Comp. *supra*, n° 255, *in fine*. Cette propriété se découvre également une fois le contrat formé : celui conclu *intuitu pecuniae* passe à la succession, tandis que celui conclu *intuitu personae* s'éteint à la mort du débiteur.

(1066) Pour le détail de la solution, v. *supra*, n° 79 et s.

(1067) Si l'offre se transmet à la succession, ce n'est pas en tant qu'élément du patrimoine du *de cuius* mais à titre extra-patrimonial. Sur cette dévolution par accessoire, v. *supra*, n° 79, spéc. note 527.

destinataire de la pollicitation est ici purement objective, adoptant pour seul critère le titre de propriété d'un bien identifié.

Cet attribut attaché à l'offre de contrat n'est du reste pas exclusif d'un autre mode de détermination du cocontractant, et spécialement alors d'un éventuel *intuitus personae*, en ce que le pollicitant pourra fort bien solliciter la conclusion d'un accord *rei coherentes* en considération aussi des qualités personnelles de son correspondant⁽¹⁰⁶⁸⁾. En une telle hypothèse, la pollicitation répondra au régime le plus exclusif, qui est celui de l'offre *intuitu personae*.

259. L'exclusion du tiers – L'offre émise en seule considération de la chose objet du contrat est essentiellement transmissible avec celle-ci, *propter rem*, à tout successeur ou cessionnaire, en tant qu'accessoire. Peu importe à cet égard que l'ayant cause s'avance à titre particulier, comme attributaire de ce seul bien, ou à titre universel, en vertu d'un héritage contenant la chose désignée par le pollicitant : dans tous les cas, sa propriété lui aura conféré le bénéfice de la pollicitation. Cessible par voie d'accessoire, l'offre ne le serait en revanche pas à titre principal, faute de toute nature patrimoniale.

Il en résulte pour exemple que l'offre d'achat d'un bien entre-temps transmis à un autre ne pourra être acceptée que par le nouveau propriétaire, tandis que le cédant, destinataire originaire devenu tiers à la proposition, aura perdu la faculté de former l'accord pour son propre compte. Si bien que, recevant cette offre après avoir déjà transmis sa propriété, ce destinataire serait tenu de la communiquer à son ayant cause, sous peine d'éventuels dommages-intérêts pour avoir fait perdre aux parties une chance de conclure le contrat. Mais s'il ne cédait son bien qu'après avoir pris connaissance de cette première offre d'achat, il faudrait alors interpréter sa cession à un tiers comme valant rejet de la proposition, laquelle, devenue ainsi caduque, devra être réitérée auprès du nouveau propriétaire.

Ici encore, la transmission à une indivision du bien objet de la pollicitation n'empêchera pas le consentement de se déclarer, par les coindivisaires avant le partage ou, après celui-ci, par le copartageant qui en aura été seul alloti. Tous autres, en revanche, n'exprimeraient qu'une acceptation inefficace et n'œuvreraient qu'à former un contrat en réalité inexistant. Cette nullité du consentement exprimé par celui qui n'aura pas été, en quelque manière, destinataire de l'offre s'imposerait encore tout autant si, plutôt qu'émise par le déclarant en son propre nom, l'acceptation était donnée, sans pouvoir, au nom d'autrui.

(1068) Ce qui serait bien le cas, entre autres exemples, de celui qui solliciterait un don de l'un de ses proches ou de celui qui se proposerait, à l'inverse, d'effectuer à titre gratuit une opération d'amélioration ou de conservation sur son bien.

B - L'ACCEPTATION AU NOM D'AUTRUI : LE DÉFAUT DE POUVOIR

260. Le consentement d'un tiers au nom du destinataire – Celui qui entendrait accepter l'offre au nom et pour le compte de son destinataire devra être pourvu pour ce faire d'une procuration ou d'un pouvoir légal de représentation. À défaut, l'acceptation qu'il émettrait, existante par ailleurs, ne produirait aucun effet, et le contrat resterait inexistant⁽¹⁰⁶⁹⁾. C'est par ce raisonnement que le droit international public sanctionne d'inexistence le traité conclu par un plénipotentiaire apparent en réalité dépourvu du pouvoir d'engager l'État auquel il ressortit⁽¹⁰⁷⁰⁾. L'acquiescement ainsi exprimé ne formant aucun accord, la proposition demeurerait donc en l'état, susceptible comme telle de recevoir l'adhésion ultérieure de son destinataire ou d'un représentant véritable.

Non appelé à joindre la convention, le prétendu mandataire ne pourrait arguer d'aucune croyance légitime en l'existence de son pouvoir pour contester l'inefficacité de sa déclaration : il eût fallu pour cela que sa volition ait suffi à lui conférer la qualité de partie à l'acte ou qu'elle ait pu valoir pour le représenté. Or, en s'avançant au moyen d'un pouvoir de représentation parfaite dont il n'a jamais disposé, l'acceptant manquerait l'une et l'autre de ces deux conditions. Pour que sa méprise lui permette de forcer au contrat, il faudra qu'il se soit cru destinataire immédiat de l'offre et acceptant alors pour son propre compte⁽¹⁰⁷¹⁾. Quant à l'apparence dont le pollicitant aurait été victime à son tour, il a déjà été démontré qu'elle ne pouvait lui servir à former l'accord, sous peine de nier la théorie elle-même⁽¹⁰⁷²⁾. Peu importera donc qu'il ait cru le déclarant habile à représenter le destinataire : en toute occurrence, le contrat accepté sans pouvoir au nom d'un autre demeurera inexistant.

On mesure ainsi tout ce qui sépare cette hypothèse de celle dans laquelle le représentant aurait affirmé agir en son nom propre pour le compte du destinataire, au moyen d'un lien prétendu de représentation imparfaite. Car, au-delà même de la question de la possibilité juridique d'une volition exprimée sans pouvoir pour le compte d'autrui, une telle acceptation serait d'abord inefficace en tant qu'elle aspirerait à former le contrat sur la tête de son auteur, en sorte que l'inexistence du contrat trouverait moins alors sa cause dans cet absence de pouvoir que dans le fait que l'adhésion aura été donnée par un autre que le

(1069) Dès lors que le consentement a été déclaré, même sans droit, il existe ; mais parce qu'il prétend exprimer la volonté d'un autre en l'absence de tout pouvoir de représentation, il sera frappé de nullité pour objet juridiquement impossible. Pour cette nullité du consentement, v. par ex. Req., 29 avril 1903, *DP* 1904, I, p. 135. Et pour l'inexistence consécutive du contrat, v. 1^{re} civ., 5 juill. 2006, pourvoi n° 04-19256, qui approuve incidemment une cour d'appel d'avoir « constaté l'inexistence du contrat litigieux faute de signature du présumé emprunteur », celle-ci ayant été imitée. Rapp. au sujet de l'offre émise sans pouvoir : *supra*, n° 172.

(1070) V. *supra*, n° 6, spéc. note 127.

(1071) Il pourrait certes arriver que ce tiers ait d'abord cru en l'existence d'une offre de mandat, qu'il aura comme telle acceptée, puis, en l'absence de tout contredit de son mandant putatif, cru également en l'existence d'une pollicitation adressée à ce dernier et y consentir alors en son nom. Mais cette dernière apparence exigerait encore pour s'imposer qu'elle ait pu valoir tout autant pour le représenté, ce qui serait par nature exclu s'il avait ignoré l'intercession de ce pseudo-représentant.

(1072) V. *supra*, n° 214, spéc. note 706, et n° 229, *in limine*. V. égal. *supra* n° 118, note 69.

destinataire⁽¹⁰⁷³⁾. Une autre différence se découvre par ailleurs dans le jeu de l'apparence : alors que le mandataire agissant sans pouvoir au nom du représenté ne pouvait jamais s'en prévaloir, le commissionnaire qui se manifesterait de son propre chef pour le compte de l'intéressé devrait pouvoir bénéficier pour sa part de cette exception. L'acceptation donnée en nom propre par ce représentant étant en effet destinée à faire de celui-ci une partie à l'accord, l'apparence dont il aura pu être victime devrait lui permettre de forcer à sa conclusion dans l'hypothèse où il aurait légitimement cru disposer du pouvoir d'y adhérer pour le compte du destinataire, et d'octroyer ainsi à ce dernier la faculté de ratifier l'engagement. Il ne pourrait d'ailleurs pas en aller autrement entre commerçants, où le commissionnaire contractant pour le compte du destinataire de l'offre s'engage aussi pour son propre compte, et où c'est alors son propre intérêt que préserve l'exception de croyance légitime.

261. Le consentement du destinataire au nom d'un tiers – S'il est bien entendu qu'un représentant risquerait de s'avancer sans titre à la place du destinataire, il faut encore envisager l'hypothèse inverse dans laquelle le destinataire s'exprimerait lui-même au nom d'un tiers plutôt que *proprio nomine*. Une telle acceptation, destinée à valoir pour autrui, ne produirait alors pas plus d'effet que précédemment. Non seulement, en effet, l'absence de tout pouvoir de représentation rendrait ce consentement juridiquement impossible, mais, prétendant de surcroît imposer au pollicitant un autre contractant que son destinataire, une telle acceptation serait encore nulle à cet autre titre⁽¹⁰⁷⁴⁾. De sorte que, même dans l'hypothèse où le destinataire de l'offre aurait été effectivement doté d'un pouvoir de représentation, le contrat qu'il entendrait conclure *procuratio nomine* n'en serait pas moins inexistant que celui que lui ou un autre aurait accepté sans pouvoir.

Si l'existence du mandat importe encore, ce n'est qu'en ce qu'elle permettra au mandataire de se prévaloir de sa croyance légitime pour le cas où il lui aurait semblé, et à son mandant même, que l'offre avait été adressée à ce dernier. Car, en l'absence de tout pouvoir, cette apparence demeurerait parfaitement indifférente, insusceptible de valoir pour celui qui n'a consenti ni autrement supporté aucune représentation⁽¹⁰⁷⁵⁾. Quant à la croyance qui se serait imposée au pollicitant pour avoir compris la réponse obtenue comme valant acceptation de son destinataire en son propre nom, elle n'aurait à son tour pas plus

(1073) V. *supra*, n° 253 et s., spéc. n° 257. À telle enseigne que l'existence même du pouvoir de l'acceptant d'agir pour le compte du destinataire de l'offre ne devrait pas plus lui permettre de former le contrat en son nom propre : le pollicitant a voulu contracter avec son correspondant et l'on ne comprendrait pas qu'on le forceât à se trouver contractuellement lié à deux parties au lieu d'une seule. Et ce serait d'autant plus vrai en matière commerciale, où le commissionnaire est réputé être non seulement partie mais titulaire des droits et obligations nés du contrat (v. *supra*, n° 169). Si le destinataire se trouve empêché de s'exprimer, son représentant se déclarera en son nom et non simplement pour son compte, par représentation parfaite plutôt qu'imparfaite.

(1074) V. *supra*, n° 253 et s.

(1075) V. *supra*, n° 260, spéc. note 1071.

d'incidence que s'il avait cru le consentement exprimé par un tiers au nom de son destinataire⁽¹⁰⁷⁶⁾.

Toutes conséquences auxquelles n'aboutirait pas nécessairement l'acceptation donnée par le destinataire en son nom propre mais pour le compte d'un autre. S'il n'est plus excipé en effet que d'une représentation imparfaite, le consentement pourra bien avoir pour résultat de former le contrat sur la tête du destinataire, et même, en droit commercial au moins, pour son compte⁽¹⁰⁷⁷⁾. De sorte qu'une telle acceptation répondrait suffisamment à la volonté du cocontractant pour former l'accord et chasser le spectre de son inexistence. En toute autre matière cependant, l'adhésion qui tendrait à ne former le contrat proposé que dans le but d'en conférer le bénéfice à un tiers, sans que le représentant ne soit alors lui-même admis comme titulaire des droits et obligations qui en naîtront, ne se conformerait pas à l'intention du pollicitant qui était de soumettre l'acceptant à ce rapport d'obligation. Si bien que l'acceptation donnée par le destinataire en son nom propre pour le compte d'un tiers serait encore nulle, mais pour objet non conforme cette fois⁽¹⁰⁷⁸⁾. À nouveau cependant, l'apparence subie par celui qui se sera ainsi joint au contrat, même à titre de commettant, devrait lui permettre d'en imposer l'existence à son instigateur⁽¹⁰⁷⁹⁾.

262. Conclusion – On voit par là comme l'acceptation, pourtant émise, est encore susceptible de se heurter à maints obstacles, tous susceptibles de la priver de son effet constitutif. Ce serait d'abord son auteur lui-même qui pourrait vouloir la reprendre avant qu'elle ne parvienne à son destinataire, et l'anéantir alors par caducité pour défaillance de sa condition suspensive. Mais, le plus souvent peut-être, l'inefficacité du consentement exprimé s'imposera à lui, et tel serait bien le cas s'il s'était simplement mépris sur les termes, pourtant essentiels, de la proposition reçue. Au-delà, l'acceptant devra encore prendre garde à se déclarer à temps, c'est-à-dire ni trop tôt, ni trop tard. Son acceptation serait en effet hâtive si elle se manifestait avant même la réception de l'offre, voire, le cas échéant, avant l'expiration du délai de réflexion qui lui aura été imposé. Mais elle serait surtout tardive, si l'offre avait déjà disparu, soit que son délai de validité fût parvenu à son terme, soit que son auteur l'ait révoquée, soit encore qu'elle ait été acceptée par un autre. Enfin, même émise à temps et conforme à l'objet de l'offre, l'acceptation échouerait encore à former le contrat si elle était exprimée par un autre que le destinataire désigné par le pollicitant, que l'acceptant se fût alors déclaré en son nom propre ou au nom d'un tiers.

En toutes ces hypothèses, à l'exception de la première, l'acceptation sera affectée de nullité pour objet juridiquement impossible, consistant à adhérer à une offre différente, suspendue, disparue, ou encore adressée à un autre. De ce fondement commun, il se déduit que l'acceptant disposera toujours du bénéfice de l'apparence pour forcer à la formation du

(1076) V. *supra*, n° 260, spéc. note 1072.

(1077) V. *supra*, n° 169.

(1078) Sur cette autre cause d'inefficacité de l'acceptation, et d'inexistence du contrat, v. *supra*, n° 228.

(1079) V. *supra*, n° 260, *in fine*.

contrat dans le sens de sa croyance et passer ainsi outre l'inexistence matérielle de la convention. S'il choisit cependant de ne pas s'en prévaloir, son acceptation, inefficace comme telle, vaudra encore comme nouvelle offre de contrat, et permettra alors à celui-ci de paraître avec l'acquiescement ultérieur du premier pollicitant. Du moins pourra-t-il en aller ainsi pour autant que, même affectée de nullité, l'acceptation aura été exprimée. Car, dans le cas contraire, elle serait tout à fait inexistante et ne laisserait aucune chance au contrat d'exister à son tour.

À l'avvers, la procédure de formation du contrat s'expose alors comme suit. Si tout acte juridique existe dès son émission, l'offre, qui est aussi un acte réceptice, ne prend son effet qu'à sa réception, interdisant toute acceptation avant cet instant. Le pollicitant peut donc, en toute hypothèse, la rattraper dans ce même temps sans risquer de causer le moindre préjudice à son destinataire, tandis que l'exercice de son droit de révocation après réception de l'offre et jusqu'à son acceptation sera, en raison de ce risque, soumise au contrôle de l'abus et sanctionné alors, le cas échéant, par sa responsabilité. L'acceptation, qui tend pour sa part à conclure l'engagement et n'attend pour ce faire aucune autre volition, n'est pas un acte réceptice, quand bien même dût-elle s'adresser au pollicitant pour valoir comme telle, et même si l'on doit encore conférer à son auteur le droit de la rattraper avant qu'elle ne parvienne à son destinataire. Il en résulte que, sous cette condition, l'acceptation formera le contrat dès son émission.

Chaque étape de cette procédure recèle ainsi le risque d'un accord manqué et contient en germe la cause de son inexistence. Le contrat exige d'ailleurs plus pour exister qu'un simple accord de volonté : il faut encore que cet accord ait été destiné à produire des effets de droit.

CHAPITRE II

LE CONTRAT : UN ACCORD DE VOLONTÉ
DESTINÉ À PRODUIRE DES EFFETS DE DROIT

263. L'autre élément constitutif du contrat – Il ne suffit pas au contrat pour se former de consigner la volonté commune de ses auteurs : il faut encore que l'obligation se joigne, en droit, à la convention. Car, s'il est bien vrai que toute convention, même simplement réognitive, contient en elle l'obligation implicite de ne pas revenir inconsidérément sur sa déclaration⁽¹⁾, il s'en faut que cette obligation suffise à en faire un contrat, les parties pouvant parfaitement s'accorder sur un point, et le plus souvent même, sans s'en trouver pour autant engagées devant le juge.

Même lorsque la convention se donne pour objet d'obliger l'une ou l'autre de ses parties à l'exécution d'une prestation, il ne s'agit pas nécessairement d'un contrat, cette qualification supposant encore que l'accord produise un effet juridique susceptible d'être sanctionné en tant que tel par l'autorité publique. À défaut, la convention ne figurerait rien d'autre qu'un contrat inexistant⁽²⁾.

(1) Lorsque deux personnes s'accordent pour porter un jugement identique sur un même objet, on observe en effet que l'une et l'autre s'interdisent déjà, mentalement, de revenir sans explication sur l'opinion qu'elles ont exprimée. Ce n'est pas seulement la nécessité de se conformer à ses déclarations et d'adopter ce faisant un comportement cohérent qui explique cette attitude, comme en il en irait tout autant du contradicteur qui aurait exprimé l'opinion opposée, mais bien déjà, au-delà, le sentiment de se trouver engagé par la déclaration qui se sera jointe à celle d'un autre. Ce en quoi toute convention porte en elle l'obligation de s'y tenir, même lorsque son objet n'est pas de faire naître une obligation.

(2) V. ainsi F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts* [Traité de droit romain], 2^e éd., Veit, Berlin, t. III, 1852, trad. Ch. Guénoux, éd. F. Didot, 1856, § CXL, p. 314 ; L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, 2^e éd., G. Pedone-Lauriel, 1885, t. I, art. 1101, n° 3, p. 3 : « Pour contracter, il faut donc convenir, consentir animo contrahendae obligationis, dans la ferme intention de s'obliger. Sans cette intention il n'y a pas de contrat, et la convention n'est pas seulement annulable, elle est réputée inexistante. » ; H. CAPITANT, *Les principes fondamentaux du droit des contrats*, Les Cours de droit, Paris, 1932-1933, pp. 10-12, spéc. p. 12 : « Il n'y a contrat qu'autant que les parties ont entendu former entre elles un lien juridique. » ; J. GHESTIN, *Les obligations – La formation du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 1993, n° 10, p. 11. V. égal. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Bruylant, 2010, t. I, n° 61, p. 121. Et encore PDEC, art. 2:101 (1) a : « Un contrat est conclu dès lors que les parties entendaient être liées juridiquement ».

Or, on constate assez communément que, d'une part, un engagement peut exister hors du droit, et que, d'autre part, celui contracté en droit est lui-même susceptible d'abandonner à ses auteurs une liberté suffisant à faire douter de son caractère véritablement obligatoire. De telle sorte que, si l'inexistence du contrat se constate toujours à l'endroit de l'engagement purement moral (Section I), il y a encore lieu de s'interroger, à tout le moins, sur celle qui pourrait menacer l'engagement purement potestatif (Section II).

SECTION I

L'INEXISTENCE JURIDIQUE DE L'ENGAGEMENT PUREMENT MORAL

264. Un accord non juridique – Il s'agit ici de démontrer que l'on peut s'engager hors du droit, et qu'un tel engagement, pour exister en soi, s'en trouve néanmoins affecté d'une inexistence *juridique*⁽³⁾. Pour ce faire, la parole se donne à la morale plutôt qu'au droit : il arrive en effet qu'en se soumettant à cet ordre concurrent, les parties aient voulu affranchir leur accord de toute sanction juridique, pour autant du moins que cette soumission aura été exclusive de toute autre. C'est ainsi la nature de l'engagement *purement* moral qui réclame d'être examinée (§ 1), et sa portée d'être par suite vérifiée (§ 2).

§ 1 – La nature de l'engagement purement moral

265. Approche – La nature de l'engagement purement moral se découvre en délimitant le domaine de sa force obligatoire (A) et en en identifiant les sources (B).

A - DÉLIMITATION DU DOMAINE DE L'OBLIGATION MORALE

266. Droit et morale – S'il a fallu un brin d'emphase pour affirmer que le problème des rapports tendus entre le droit et la morale se dresserait comme un « *cap des tempêtes* » de la philosophie du droit⁽⁴⁾, l'expression ne témoigne pas moins de l'agitation dans laquelle

(3) Cette épithète pour signifier simplement que l'accord, formé hors du droit, ne constitue pas un contrat. Il ne s'agit donc pas de revenir ici à la distinction, précédemment dénoncée, qui opposerait inexistence juridique et inexistence matérielle : v. *supra*, n° 2, spéc. note 19.

(4) La tradition attribue l'expression à JHERING (*Geist des römischen Rechts* [L'esprit du droit romain], t. II, 3^e éd., 1873, trad. O. de Meulenaere, éd. A. Marescq, 1887, § 26, p. 48). V. encore G. DEL VECCHIO, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1953, p. 272, qui y voit « le *Cap Horn* de la science juridique ».

baigne la question depuis que ces deux ordres prescriptifs ont trouvé à se distinguer l'un de l'autre. De fait, il n'est cette fois pas exagéré de penser que la querelle a essentiellement roulé sur quelques malentendus, relatifs au sens des termes en débat, d'une part, et à celui même du problème posé, d'autre part.

Les juristes conviennent certes assez facilement de circonscrire l'objet de leur étude au droit formellement compris comme l'ensemble des règles destinées à ordonner la vie en société et sanctionnées par une autorité publique instituée à cette fin⁽⁵⁾, ne réservant qu'un intérêt distrait aux efforts de ceux d'entre eux qui, plus philosophes peut-être, ont renoncé à ne jamais pouvoir conclure autrement qu'en l'existence d'un concept indéfinissable⁽⁶⁾. L'examen laisse pourtant voir que le critère distinctif tiré de la sanction publique et organisée de la règle n'est peut-être pas aussi assuré qu'il y paraît, ne serait-ce que parce que nombre de règles de droit restent dépourvues de toute force contraignante⁽⁷⁾, tandis que certaines d'entre elles ne font même l'objet d'aucune sanction⁽⁸⁾.

(5) V. par ex. J. DABIN, *Philosophie de l'ordre juridique*, Sirey, 1929, p. 34 : « Le droit, c'est l'ensemble des règles de conduite édictées d'avance par l'autorité publique, sous la sanction d'une contrainte extérieure prévue et organisée par l'autorité, en vue de réaliser dans les rapports humains un certain ordre, ordre le plus favorable au droit commun. » ; J.-L. AUBERT, *Introduction au droit*, PUF, Que sais-je ?, 10^e éd., 2007, p. 7 : « On définit généralement la règle de droit comme une règle de vie en société qui est obligatoire et sanctionnée comme telle par l'autorité publique. Ce caractère de coercition étatique constitue le critère du juridique. » ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Introduction générale*, 4^e éd., avec M. Fabre-Magnan, LGDJ, 1994, n° 30, p. 26 ; J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4^e éd., Dalloz, 2003, n° 13, p. 19 : « le droit est une discipline sociale constituée par l'ensemble des règles de conduite qui, dans une société plus ou moins organisée, régissent les rapports sociaux et dont le respect est assuré, au besoin, par la contrainte publique. » La nécessité d'abandonner la sanction de la règle à une force publique ne réclame toutefois pas nécessairement que celle-ci prît une forme étatique : il y eut un droit avant d'y avoir un État, dès l'instant où les membres d'un groupe se réunirent pour décider, collectivement ou sous l'autorité reconnue à l'un d'entre eux, du sort à réserver à celui ayant enfreint la règle (sauf à voir déjà un État dans cette organisation sociale primitive). Ce en quoi Max WEBER situait le critère du droit dans l'existence d'une « instance de contrainte », quelle qu'elle fût, dès lors que spécialement instituée à cet effet : *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr, Tübingen, 1922, trad. J. Freund et al., *Économie et société*, Plon, 1971, p. 34.

(6) Au sein des numéros 10 et 11 de la revue *Droits* parus en 1989 et 1990 sous le titre *Définir le droit*, v. en particulier les contributions de J. CHEVALLIER, « Droit, ordre, institution », *Droits*, n° 10, 1989, pp. 19-22, qui voit à tout le moins dans cette tentative de définition une « gageure », voire une « entreprise vaine » ; N. ROULAND, « Penser le droit », *ibid.*, pp. 77-79, pour qui « On ne peut définir le droit, mais seulement le penser » ; J. COMBACAU, « Une manière d'être des choses », *Droits*, n° 11, 1990, pp. 11-14 ; et encore G. VEDEL, « Indéfinissable mais présent », *ibid.*, pp. 67-71. L'interrogation ne date d'ailleurs pas d'hier : KANT déjà notait dans sa *Critique de la raison pure* que « Les juristes cherchent encore une définition pour leur concept du droit », et FLAUBERT à son tour consignait cette entrée dans son *Dictionnaire des idées reçues* : « Droit (le) — On ne sait pas ce que c'est. » V. égal. depuis H. HART, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961, 2^e éd., 1997, trad. M. Van De Kerchove, Fac. univ. Saint-Louis, Bruxelles, 2005, p. 13 : « Il est peu de questions relatives à la société humaine qui aient été posées avec autant de persistance et qui aient fait l'objet, de la part de théoriciens réputés, de réponses aussi différentes, étranges et même paradoxales que la question « Qu'est-ce que le droit ? » Adde L. FRANÇOIS, *Le problème de la définition du droit*, Liège, 1978 ; P. AMSELEK et Ch. GRZEGORCZYK (dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, PUF, 1989.

(7) Ce fut longtemps le problème posé par le droit international public aux théoriciens du droit qui observaient que le principe de souveraineté nationale paraissait faire obstacle à toute entreprise de coercition engagée contre les États contrevenant aux règles de la communauté. Mais le développement de l'Organisation des Nations unies, l'instauration d'instances juridictionnelles internationales, et peut-être surtout l'efficacité grandissante des mesures de rétorsion économique concertées dans un monde devenu essentiellement libre-échangiste, ont fini par convaincre de la juridicité, même encore imparfaite, des règles gouvernant les relations internationales. V. sur la question P. MANIN, « L'incertitude de la règle internationale », in *Service public et libertés — Mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, 1981, pp. 223-236 ; P. WEIL, « Vers une normativité relative en droit international », *RGDIP* 1982, pp. 5-47 ; C. LEBEN, « Une nouvelle controverse sur le positivisme en droit international public », *Droits* n° 5, 1987, pp. 121-130. C'est bien plutôt en réalité le

(suite p. suiv.)

Mais c'est encore à l'endroit de la morale que les ambiguïtés se sont le plus fermement ancrées. Forgé par CICÉRON pour traduire l'*éthikos* grec, l'adjectif *moralis*, appliqué alors à la philosophie, n'avait originellement pour autre objet que de désigner la connaissance des mœurs (*mores*)⁽⁹⁾. Comme l'éthique hellénistique⁽¹⁰⁾ cependant, la morale cicéronienne se voulait à la fois descriptive, dans l'observation des comportements en usage, et prescriptive, quant à la conduite personnelle à adopter le plus conformément à ces mœurs et, au-delà,

droit administratif qui fait toujours figure paradigmatique du droit non coercitif, considérant que la décision rendue par le juge administratif à l'encontre de la personne publique ne s'exécute jamais, au bout du compte, qu'avec le concours volontaire de cette dernière. Mais même en cette hypothèse, il reste possible de distinguer *contrainte* et *sanction* pour estimer que, celle-ci s'incarnant déjà dans la décision rendue par l'organe compétent à dire le droit, la simple possibilité de sanctionner la règle par un jugement suffit à la rendre juridique, en l'absence même de toute contrainte matérielle. *Common law* et droit administratif illustrent ainsi ce constat qu'il peut y avoir un droit sans texte, mais non sans juge. Adoptant ce dernier critère, v. not. H. KANTOROWICZ, *The Definition of Law*, Cambridge Univ. Press, 1958, p. 78 et s.; Ch. PERELMAN, « À propos de la règle de droit – Réflexions de méthode », in *La règle de droit*, Trav. Centre nat. recherches de logique, Bruylant, 1971, pp. 313-323, spéc. p. 314 : « C'est l'existence d'un organe compétent, qualifié pour dire le droit, qui apparaît ainsi comme l'élément distinctif qui différencie le droit de la morale » ; Ph. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, chr., pp. 197-204. Rapp. déjà ALAIN, *Propos*, 28 mars 1936, Gallimard, La Pléiade, t. II, 1970, p. 1090 : « Quand un tribunal arbitral, soit le juge civil, avec tous les recours, a prononcé, le droit est dit et reconnu. Il n'y manque rien. Il se peut qu'on ne puisse point transformer le droit en fait, par exemple si le débiteur est mort sans laisser le son. Mais le tribunal n'en a pas moins dit le droit. [...] Ainsi le droit peut n'être jamais réalisé dans le fait sans cesser d'être un droit. – Aussi appelle-t-on droit, dans tous les pays, un système de formes et de précautions, à la fois d'usage et de bon sens, selon lesquelles un droit doit être dit et proclamé si l'on veut qu'il ait valeur de droit. » Plus précisément encore, « C'est la seule éventualité du jugement, l'*eventus judicii*, qui est la justiciabilité, non pas le jugement effectif, encore moins la condamnation. » : J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, 1978, rééd. Quadrige, 1994, p. 321. *Contra* : R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, t. I, 1920, pp. 210 et 238, pour qui la décision ne suffit pas à faire la règle juridique, dont l'exécution doit encore pouvoir être forcée pour exister. Comp. M. TROPER, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, dir. A.-J. Arnaud, 2^e éd., LGDJ, 1993, v^o Norme, p. 275 ; D. DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, O. Jacob, 1997, spéc. pp. 247-255, qui préfèrent réserver le critère de la sanction à la définition du système juridique dans sa globalité de façon, en qualifiant la règle de droit en fonction de son appartenance à celui-ci, à laisser place à des règles dépourvues de sanction.

Remarquons seulement ici qu'il ne suffit pas qu'un juge tranche un conflit pour dire le droit : il faut encore qu'il se prononce sur le fondement d'une règle, même si celle-ci naît de son jugement, tant qu'elle est susceptible de s'appliquer à d'autres cas de même espèce. Rapp. H. MAZEAUD, « Les notions de « droit », de « justice » et d'« équité », in *Aequitas und bona fides – Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonis*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1955, pp. 229-233, spéc. p. 231 : « On pourrait théoriquement concevoir une société dans laquelle n'existerait aucune règle de droit ; quand un différend s'élèverait, on irait devant le juge et le juge trancherait en équité, c'est-à-dire sans recourir à une règle de droit préétablie. Le juge n'est plus un « diseur de droit », ni un serviteur du droit : il n'y a pas de droit ».

(8) Soit qu'aucune juridiction ne soit compétente pour en connaître, ainsi qu'il en va par exemple pour la norme fondamentale dans un système exempt de juge constitutionnel, soit que le juge compétent ne sanctionne plus la règle, alors tombée en désuétude. Or, dans ce dernier cas au moins, il est généralement admis que la règle juridique demeure, ce qu'atteste d'ailleurs assez le vote de lois abrogatives. À s'en tenir là, il suffirait donc à la règle pour être juridique de s'offrir à la sanction d'un juge, peu important que celui-ci décide de ne jamais l'appliquer. Ce qui suppose d'admettre qu'une constitution privée de tout juge, même non spécialisé, n'édicterait pour sa part aucune règle de droit. Comp. Ph. JESTAZ, art. préc. (*supra*, note 7), spéc. pp. 203-204, qui estime que la seule éventualité qu'un juge puisse un jour s'arroger compétence pour exercer un contrôle de constitutionnalité jusqu'alors ignoré du système juridique suffit à établir l'existence d'un droit constitutionnel dès avant cette occurrence.

(9) Longtemps, la morale ne fut jamais qu'adjectivée à la philosophie qu'elle qualifiait. Ce n'est qu'au XVII^e siècle que le substantif apparut enfin pour désigner, par ellipse, la philosophie morale.

(10) De ses origines jusqu'à ces derniers siècles, la philosophie occidentale s'est ordonnée selon une tripartition qui distinguait la logique, interrogeant la méthode, la physique, observant l'être, et l'éthique, désignant les valeurs. Les sciences physiques et mathématiques s'étant depuis lors émancipées de leur *alma mater*, l'éthique concentre désormais l'essentiel de la réflexion philosophique.

quant à la conformité même de ces dernières à la nature des choses⁽¹¹⁾. De sorte que c'est d'emblée un système normatif complet et concurrent du système juridique que cette science des mœurs selon la nature put opposer à celui-ci⁽¹²⁾.

La morale, toutefois, ne se contenta pas longtemps de concurrencer le droit sur son seul terrain. Se saisissant de ce nouvel ordre prescriptif, la religion l'instilla en effet jusqu'au sein des consciences, avant de céder finalement ce for au rationalisme laïc de la Modernité et de refluer en abandonnant la morale là où elle l'avait introduite. Si bien que, en ne faisant plus dépendre celle-ci que du libre-arbitre de chacun, on perdit de vue la source essentiellement sociale de toute morale : s'il est bien vrai que l'individu est reconnu libre désormais de suivre ses propres règles, il n'en demeure pas moins que celles-ci lui sont d'abord données par le groupe auquel il appartient⁽¹³⁾. Le point est manifeste pour les innombrables interdits qui structurent autant la société que l'individu, lequel se construit justement en les faisant siens, mais l'observation vaut aussi bien pour toute autre forme de prescription. On ne s'invente guère ses propres valeurs : les unes nous sont imposées, les autres nous sont

(11) E.g. CICÉRON, *De Legibus*, liv. II, chap. 4 et 5. Il était déjà bien acquis à cette époque que les mœurs pouvaient valoir pour règles : v. par ex. VIRGILE, *Énéide*, VIII, 635. C'est bien ce caractère ordinairement prescriptif de la normalité qui explique que l'on puisse aujourd'hui employer le mot *norme* pour signifier *règle*, ou le mot *ordre* pour désigner aussi bien l'arrangement que le commandement. Et c'est toujours selon ce même rapport que l'on exhorte le droit à suivre l'évolution des mœurs. Sur cette relation, v. S. CHASSAGNARD-PINET, « Normalité et norme juridique : d'une force normative à l'autre », in *La force normative – Naissance d'un concept*, dir. C. Thibierge, LGDJ/Bruylant, 2009, pp. 153-170. Et pour le constat, cependant rattaché par l'auteur à l'école durkheimienne, v. M. MEKKI, « Considérations sociologiques sur les liens entre droit et morale », in *Droit et morale*, dir. D. Bureau, F. Drummond et D. Fenouillet, colloque Lab. soc. jur., Paris II, 4 juin 2010, Dalloz, 2011, pp. 27-84, n° 7, p. 32 : « *Est immoral ce qui est anormal* ». Ou encore A. FRANCE, *La Revue*, 15 nov. 1905, cité par le même : « *on appelle bonnes mœurs, les mœurs habituelles, mauvaises mœurs celles auxquelles on est pas habitué* ».

À l'origine donc, morale et éthique sont strictement synonymes. Seulement, la racine latine destina la morale au langage populaire, tandis que l'éthique, de racine grecque, se réserva au langage savant. Si bien que, ainsi spécialisée, l'éthique finit par ne plus viser qu'une morale pratique, d'ordre technique et appliquée à une activité particulière, là où la règle morale se fit universelle et se répandit, christianisme aidant, jusque dans l'intimité de chacun. Sur cette définition de l'éthique en tant que morale appliquée, v. par ex. D. FENOUILLET, « Propos introductifs », in *Droit et morale*, préc., pp. 1-26, n° 56, p. 22 ; A. KAHN, « La loi bioéthique – Réflexions sur l'éthique et la morale », D. 2011, p. 2104 : « *L'éthique est une morale de l'action* ».

(12) D'où la maxime de PAUL selon laquelle tout ce qui est licite n'est pas toujours convenable (in Dig., L, XVII, 144 : « *Non omne quod licet honestum est* »). C'est de cette source nouvelle que jaillit le droit naturel (*jus naturae*), sur le fondement duquel les préteurs romains s'autorisèrent à tourner l'intangibilité du droit écrit (*jus scriptum*) et à découvrir hors de ce droit civil un droit des gens propre à régler les relations entre citoyens et pérégrins (*jus gentium*).

(13) J. CARBONNIER, « Morale et droit », *Flexible droit*, 10e éd., LGDJ, 2001, pp. 94-103, spéc. p. 100 : « *La morale individuelle a une source collective : la société, ou une fraction dissidente de la société* » ; et déjà E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, th. Lettres, Paris, 1893, liv. II, chap. V, in fine, p. 391 : « *Sans doute, c'est une vérité évidente qu'il n'y a rien dans la vie sociale qui ne soit dans les consciences individuelles ; seulement, presque tout ce qui se trouve dans ses dernières vient de la société* ». V. surtout J. PIAGET, *Le jugement moral chez l'enfant*, F. Alcan, 1932, 5e éd., PUF, 1978 ; et « Les relations entre la morale et le droit », *Publications Fac. sc. écon. et soc. Univ. Genève*, 1944, rééd. in *Études sociologiques*, Droz, Genève, 1965, pp. 172-202, où le même auteur écrit : « *tout ce que nous savons aujourd'hui de la genèse de l'obligation de conscience semble indiquer que les consignes reçues par le petit enfant, ainsi que le respect éprouvé par lui à l'égard de ceux qui les donnent, sont les facteurs déterminants de cette formation. Il s'ensuit que, au point de départ de la vie morale, les sanctions sont externes (blâme et punition émanant des parents) et coercitives comme dans le domaine du droit, et surtout que les obligations morales comme juridiques ont pour première source une autorité supérieure : en l'espèce celle du père et de la mère* ». Adde L. KOHLBERG, *The Development of Modes of Thinking and Choices in Years 10 to 16*, Ph. D. dissert., Univ. Chicago, 1958.

toujours au moins suggérées⁽¹⁴⁾. Cette subjectivation de la morale ne contredit donc rien de sa nature objective : c'est bien, tout au contraire, parce que la morale se pose d'abord comme un système normatif valant pour tous que chacun peut en adopter la matière et se forger ainsi, par appropriation ou par rejet, sa propre éthique. Morale collective et morale individuelle sont ainsi consubstantielles l'une à l'autre : la morale collective se compose de la somme mise en moyenne des morales individuelles, tandis que celles-ci s'alimentent à leur tour à la source collective. Or, c'est bien souvent pour n'avoir considéré la morale que sous l'un ou l'autre de ces deux aspects, méconnaissant sa nature profondément bivalente, que les thèses ont trouvé à s'opposer.

Enfin, et ce n'est pas le moins, le problème des domaines respectifs du droit et de la morale n'a lui-même pas toujours été identiquement compris. Selon que l'on se demande en effet si ces deux ordres normatifs prescrivent sur le même plan ou s'ils édictent des règles similaires, il est bien évident que les réponses apportées ne seront pas semblables, puisque l'on peut aussi bien appliquer une même règle à différents niveaux qu'imposer des règles distinctes en un même for. De sorte que, selon le point de vue, il est toujours possible de dire dans l'un et l'autre cas que les domaines respectifs se confondent ou que, à l'inverse, ils s'excluent⁽¹⁵⁾, ce qu'une brève épistémologie de la question suffit à laisser voir.

Longtemps, la tradition fut d'opposer la morale au droit. Prise pour morale sociale, celle-ci gagna en effet son autonomie lorsque l'on voulut voir dans les mœurs l'expression d'un autre droit, fondé non plus sur la prescription du gouvernant mais sur la nature des choses. Objet métajuridique initialement conçu à fin de constituer un droit des gens hors du droit civil, le droit naturel servit assez vite à compléter le droit écrit par voie de création prétorienne puis, finalement, à en apprécier la légitimité même⁽¹⁶⁾. Si bien que, depuis lors,

(14) Le fait que l'individu soit autonome et qu'il puisse ainsi ne se conformer à certaines règles sociales que du jeu de la contrainte extérieure, les rejetant en son for intérieur, ne suffit pas à refouler la puissante attraction qu'exerce sur lui l'adoption d'un comportement par ses semblables, ou par ceux d'entre eux qu'il estime le plus.

(15) En revanche, le problème ne peut pas consister à s'interroger sur la question de savoir si ces deux systèmes normatifs disposent des mêmes moyens de prescription, puisqu'il est à présent bien acquis que là réside précisément, et par définition, leur première différence. Il est donc parfaitement oiseux de se contenter d'observer, comme on le fait parfois, que les domaines du droit et de la morale s'excluraient pour la raison que seul le droit met en mouvement le bras armé de l'autorité étatique : une telle réponse n'a pas d'autre portée que de rappeler le critère distinctif des deux systèmes, sans apporter le début d'une solution au problème de leurs domaines respectifs. Répondre sur ce seul terrain, en somme, c'est confondre, non pas seulement le domaine du droit et de la morale, mais les termes même de la discussion et, ce faisant, dissoudre la question plutôt que résoudre le problème.

(16) C'est ainsi que dès le premier siècle de notre ère, la définition du droit (*jus*), soumise à cette influence nouvelle, devint axiologique : il ne s'agissait plus seulement de désigner la règle formellement édictée, mais déjà d'entendre l'art du bon et de l'équitable (CELSE, cité par Ulpien, *in Dig.*, I, I, 1 : « *Jus est ars boni et aequi* »), comme pour prétendre dénier toute valeur juridique à la norme positive qui ne se conformerait pas à ce sentiment. Ce qui explique que la justice (*justitia*), virant à son tour du simple respect de la loi formelle à celui de la loi naturelle, finit par incarner cette vertu consistant, ainsi qu'on la comprend toujours aujourd'hui, à rendre à chacun le sien, non pas seulement selon le droit positif, mais selon l'équité elle-même (Inst. Justinien, I, 1 : « *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi* » ; et déjà CICÉRON, *De inventione*, liv. II, chap. LIII, § 160 : « *Justitia est habitus animi, communi utilitate conservata, suam cuique tribuens dignitatem* »). D'essentiellement juridique, la justice est ainsi devenue une notion essentiellement morale. V. par ex. A. RENAUT et L. SOSOE, *Philosophie du droit*, PUF, 1991, p. 479 : « la considération de la (suite p. suiv.) »

l'argument jusnaturaliste ne fut plus guère employé qu'en vue de critiquer la loi positive que l'on jugeait à quelque égard inopportune, et le commandement moral s'érigea essentiellement, par ce biais, en contradicteur du droit en vigueur.

L'individualisation scolastique puis moderne de la morale ne mit elle-même aucun terme à ce rapport d'opposition. Tout au contraire, on y prit argument pour doubler cette opposition matérielle d'une opposition territoriale : non seulement la morale prescrirait des règles qui ne sont pas celles du droit en vigueur, mais elle commanderait même désormais là où le droit n'a jamais porté. En s'établissant ainsi dans le for de la conscience, la morale put investir le sujet du droit après en avoir occupé l'empyrée. Elle y trouva même une nouvelle raison de contester la teneur de la règle juridique, car en estimant que celle-ci ne serait telle que pour autant qu'elle contraind la volonté, on postulait que cette autre tendrait à suivre pour sa part des motifs d'action contraires commandés par la conscience⁽¹⁷⁾.

Contre cette thèse de l'exclusion radicale des domaines du droit et de la morale, le XIX^e siècle émit une antithèse consistant en l'intégration totale du premier dans la seconde selon la figure célèbre des cercles concentriques, la règle juridique ne se traduisant plus alors que comme une règle morale dotée de la sanction étatique⁽¹⁸⁾. Au niveau social, l'édiction de la règle de droit fut ainsi réputée, jusque dans ses moindres chicanes, matérialiser une prescription morale préexistante⁽¹⁹⁾, tandis que, à son aval, le juge veillerait encore à ce que

justice [...] procède davantage d'une exigence morale que d'une démarche spécifiquement juridique [...] Moment de moralité du droit, la question de la justice ne saurait, en ce sens, être mise entre parenthèses ».

(17) Pour l'opposition radicale des domaines du droit et de la morale, v. not. C. THOMASIIUS, *Fundamenta juris naturae et gentium*, Halle, 1705 ; I. KANT, *Metaphysik der Sitten* [Métaphysique des mœurs], 1^{re} part., *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* [Doctrines du droit], Königsberg, 1797, trad. A. Philonenko, 5^e éd., J. Vrin, 1993, Introduction, III, pp. 92-95 ; puis J. BONNECASE, *Introduction à l'étude du droit – Le problème du droit devant la philosophie, la science et la morale*, Sirey, 1926, n° 100, pp. 148-151 ; et encore H. HART, *Law, Liberty and Morality*, Clarendon Press, Oxford, 1963.

(18) On situe généralement l'émergence de cette antithèse chez J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, London, 1789, chap. XVII, § VIII, pp. 111-112. Mais il fallut attendre le premier essai publié de G. RIPERT (*La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1925) pour que la théorie soit développée dans toute son ampleur. V. ainsi comment l'auteur résout encore l'articulation entre droit et morale dans la quatrième et dernière édition de son ouvrage (LGDJ, 1949, n° 6, p. 10) : « Il n'y a en réalité entre la règle morale et la règle juridique aucune différence de domaine, de nature et de but ; il ne peut y en avoir, car le droit doit réaliser la justice et l'idée du juste est une idée morale. ». V. égal. à la même époque L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Dalloz, 1927, n° 254, p. 348 : « C'est que le droit ne sera jamais autre chose que la morale dans la mesure où elle devient susceptible de coercition, la morale sociale, la morale en action ; c'est que celle-ci est le creuset où s'élabore celui-là » ; puis p. 349 : « et c'est fort heureux car, s'il en était autrement, il deviendrait tout simplement odieux et vide de sens, puisqu'il emprunte toute sa vitalité et le meilleur de sa nourriture au sentiment collectif, à la morale sociale dont il ne saurait être détaché sans se réduire par là-même à l'état d'abstraction. » ; R. CAPITANT, *L'impératif juridique – Introduction à l'étude de l'illicite*, th. Paris, 1928, p. 172 et s., qui va jusqu'à affirmer que « morale sociale et droit sont donc synonymes » ; R. HUBERT, « Croyance morale et règle juridique », in *Droit, morale, mœurs*, Ann. Inst. int. phil. dr., Sirey, 1936, pp. 125-143 spéc. p. 142, qui estime que entre la morale et le droit « la différence est de degré, ou, pour mieux dire peut-être de moment, et non pas de nature ou d'essence. »

(19) Toute règle technique serait ainsi asservie à un but qui la fonderait en raison et, par là, en morale. C'est leur accumulation qui, à forcer l'abstraction, ferait perdre de vue cette source éthique. Quant aux règles qui semblent ne relever que d'une simple convention, axiologiquement neutre, elles n'en sont déjà plus, sauf à conférer une autonomie à ce qui ne constitue qu'un élément de la norme. Ainsi, celle toujours citée qui prescrit de circuler à gauche plutôt qu'à droite ne consiste pas seulement à désigner ce côté de la chaussée, mais d'affecter avant tout un côté de la route – peu importe lequel – à chacun des deux sens de circulation. Ce n'est que pour ce faire que l'on opère un choix nécessaire, lequel n'est pas l'objet mais la condition de la norme. Et celle-ci, destinée à réduire le nombre d'accidents, a certainement un fondement moral.

la norme juridique ne déborde pas ce cadre éthique⁽²⁰⁾. Au niveau individuel même, bien loin de s'en tenir à la résistance naturelle de l'homme à la contrainte, on put observer que, passé ses premiers âges, celui-ci finit le plus souvent par adopter pour soi-même les règles qui lui furent jusqu'alors imposées, constat fait que, comme le nageur dans le courant, on évolue mieux avec la norme qu'à son encontre⁽²¹⁾. Et puisque le droit émane tout entier de la morale collective, il serait encore nécessairement immoral sous ce rapport, non seulement de violer la règle de droit⁽²²⁾, mais aussi bien de se contenter de s'y plier par contrainte plutôt que par conviction, un tel motif postulant que sa propre conscience permettrait ce que la société condamne.

Successible à cette dialectique historique, la doctrine contemporaine s'est ainsi trouvée sommée d'en achever la synthèse. Plutôt que d'opter pour l'exclusion radicale ou pour l'assimilation totale des domaines du droit et de la morale, il est généralement concédé aujourd'hui que ceux-ci ne s'opposent ni ne se confondent tout à fait : au fond, ils seraient simplement liés par un rapport de connexité, le débat ne persistant plus désormais que pour en déterminer la mesure⁽²³⁾.

(20) V. not. G. RIPERT, *op. cit.* (*supra*, note 18), n° 15, pp. 25-26 : « Souvent même, lorsque le législateur aura oublié ou méconnu que l'application de la règle juridique peut dans certains cas aboutir à la violation de la morale, le juge imposera le respect de cette loi contre la règle de droit. [...] Tant de lois sont restées lettre morte pour ne pas avoir rencontré l'assentiment de ceux qu'elles devaient régir ! » Du reste, ce pouvoir d'appréciation est parfois consacré par la loi elle-même : en ne fixant ainsi que des plafonds aux peines qu'il prévoit, le Code pénal dispose pour les cas les moins excusables, laissant au juge le soin d'apprécier si les circonstances n'en atténuent pas l'immoralité. L'appréciation morale permet alors d'ajuster une échelle juridique qui, du fait de son objectivité, est aussi nécessairement moins précise.

(21) Il semble d'ailleurs que, tout le long de l'existence, ce mouvement d'adhésion à la norme ne cesse jamais tout à fait, au point que l'âge finit parfois par attacher à la règle plus que la raison elle-même. Psychologues et neurologues s'accordent à y voir l'expression d'un besoin grandissant de sécurité, que la fragilité du corps finirait par commander. Dans une moindre mesure, il n'est pas interdit de penser qu'une cause semblable est à l'origine de la féminisation des métiers du droit. Mais dans une moindre mesure seulement : la soumission va au vieux Socrate, la rébellion à la jeune Antigone.

(22) Sur quoi v. A. SIMONIUS, « Les caractères essentiels du droit en comparaison avec les autres règles de la vie sociale », in *Droit, morale, mœurs*, préc. (*supra*, note 18), pp. 164-175, spéc. p. 173 : « Entre le droit et la morale les rapports sont étroits. La soumission au droit en général pour autant qu'il ne s'oppose pas ouvertement à la morale, est considérée souvent comme un devoir imposée par elle. » ; H. MAZEAUD, art. préc. (*supra*, note 7), p. 232 : « La justice apparaît alors comme le fondement et la fin du droit. En réalité, c'est, plus largement, la morale qui constitue ce fondement, la justice n'étant que la projection de la morale dans le domaine juridique. » ; O. PFERSMANN, in *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, PUF, 2003, v° Morale et droit. Et c'est encore plus vrai lorsque la règle trouve sa source dans la volonté de son sujet. V. en ce sens REINACH, *Die apriorischen Grundlagen des Bürgerlichen Rechtes* [Les fondements a priori du droit civil], 1913, trad. R. de Calan, J. Vrin, 2004, p. 88 : « Le devoir de s'acquitter de sa promesse à l'égard de son destinataire se tient à côté de l'obligation, ou plutôt, elle constitue le fondement et la présupposition de ce devoir. Il est juste moralement de s'acquitter de sa promesse – c'est la proposition sur laquelle le devoir d'acquiescement se fonde et qui présuppose manifestement la subsistance d'une obligation. Là où subsiste une obligation, il subsiste, reposant sur elle, un devoir moral qui a pour contenu son acquiescement. »

(23) V. par ex. G. DEL VECCHIO, *op. cit.* (*supra*, note 4), p. 275 : « Entre droit et morale, il y aura une distinction, mais non une séparation, encore moins opposition. » ; J. CARBONNIER, « Les phénomènes d'inter-normativité », in *Essais sur les lois*, 2^e éd., 1995, p. 294 : « Si la règle de droit s'approprie très fréquemment une règle morale, la règle morale peut se nourrir de règles de droit. » ; F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 8^e éd., Dalloz, 2009, n° 11, pp. 10-11 ; ou encore A. GARÈCHE, « Loi et ordre moral », in *Le monde du droit – Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, pp. 441-461, qui y voit « des nécessaires interférences ». C'était déjà l'analyse de DURKHEIM (sur laquelle v. not. R. LENOIR, « Mœurs, morale et droit chez Durkheim », *Droits*, n° 19, 1994, pp. 23-36, spéc. pp. 27-28).

La déontologie constituerait ainsi un terrain de rencontre privilégié du droit et de la morale. Étymologiquement définie par son concepteur comme « la connaissance de ce qui est juste ou convenable » (*suite p. suiv.*)

Prenons ici le parti de penser que le champ juridique recoupe pour l'essentiel celui de la morale⁽²⁴⁾, même si ce dernier paraît devoir s'étendre au-delà⁽²⁵⁾. L'hypothèse vaut, en premier lieu, dans le for externe qui est celui de la collectivité : à cet endroit, il faut bien constater en effet que les considérations morales sont rarement étrangères à l'édiction de la règle de droit et que celle-ci tend ainsi à concrétiser un impératif éthique qui, même sourdement, la précède et la mobilise. Pour autant, ce rapport n'est pas systématique : s'il existe bien dans un régime démocratique, où le débat public garantit autant qu'il est possible la conformité du droit à la morale du groupe⁽²⁶⁾, voire encore pour une théocratie,

(J. BENTHAM, *Déontologie ou science de la morale*, trad. B. Laroche, éd. Charpentier, Paris 1834, chap. II, p. 29), la déontologie se présente en effet comme le système prescriptif le plus général sous lequel s'inscrivent les deux ordres juridique et éthique. V. par ex. G. DEL VECCHIO, « L'homo juridicus et l'insuffisance du droit comme règle de la vie », in *Droit, morale, mœurs*, préc. (*supra*, note 18), pp. 1-20, spéc. p. 18 : « La morale et le droit, ces deux grandes catégories éthiques, les seules qui après une minutieuse analyse demeurent relativement irréductibles, se fondent toutefois en une unité supérieure, car elles représentent deux aspects différents de la déontologie ; et même, pourrions-nous dire, deux divers points de vue auxquels on se place pour considérer cette même matière » ; N. DECOOPMAN, « Droit et déontologie », in *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, pp. 87-105, spéc. p. 88, pour qui la déontologie constitue « certainement l'exemple le plus flagrant de chevauchement du droit et de la morale ». Si l'usage actuel du mot le réserve plutôt aux instruments normatifs particuliers qu'édicte certains groupes sociaux-professionnels pour réguler leur activité, c'est encore que l'on entend ne pas se prononcer sur la nature juridique ou éthique des prescriptions que l'on se donne, en ce que celles-ci relèveraient en réalité des deux ordres. Rapp. D. GUTMANN, « L'obligation déontologique entre l'obligation morale et l'obligation juridique », *Arch. phil. dr.*, t. 44, *L'obligation*, Dalloz, 2000, pp. 115-127, in fine. C'est ainsi que les instruments déontologiques appellent toujours, au bout du compte, leur reconnaissance, et donc leur sanction, par le droit (comp. la multiplication des codes de déontologie adoptés par le pouvoir réglementaire). V. sur ce point B. BEIGNIER, « Interrogations sur la déontologie », in *La morale et le droit des affaires*, Montchrestien, 1996, pp. 25-31, spéc. p. 29 : « les codes de déontologie trouvent leur source dans la morale et leur sanction dans le droit ».

(24) Pour un recoupement plus limité des domaines du droit et de la morale, v. cep. Ph. JESTAZ, « Les frontières du droit et de la morale », *RRJ* 1983, pp. 334-353, et « Pouvoir juridique et pouvoir moral », *RTD civ.* 1990, pp. 625-638.

(25) V. par ex. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, LGDJ, 1911, p. 13 : « il faut constater que le droit est la partie de la morale qui paraît présenter une importance telle que les forces sociales, organisées ou non, doivent se proposer pour but d'en assurer l'application. » Le droit régit ainsi le for externe à la personne, celui qui la situe dans sa relation aux autres, tandis que la morale occupe en outre son for interne, en ce qu'elle règle aussi son intimité, jusqu'au songe coupable. Sur cette altérité primordiale du droit, par distinction de la morale, v. not. G. DEL VECCHIO, *op. cit.* (*supra*, note 4), pp. 276-277 ; Ch. CARDAHI, *Droit et morale*, t. I, LGDJ, 1950, p. 30. Et déjà THOMAS D'AQUIN, *Summa theologiae* [*Somme théologique*], env. 1270, trad. A.-M. Roguet, coord. A. Raulin, éd. Le Cerf, 1984, II a et II ae, quest. 57 ; puis C. THOMASIIUS, *op. cit.* (*supra*, note 17). Il en résulte que là où le droit, articulant justice et sécurité, ne tend jamais qu'à garantir l'ordre social, et dans le meilleur des cas son progrès, la morale œuvre au-delà à la perfection de l'individu. Même dans le seul rapport à autrui, la morale est de toutes les vertus, commandant autant la bienséance et la bienfaisance que la justice, alors que le droit ne prescrit guère que cette dernière, ne prêtant qu'exceptionnellement sa force aux deux autres. Il ne sanctionne ainsi la bienséance, sous la notion de bonnes mœurs, qu'indirectement, lorsque sa méconnaissance est source de responsabilité, qu'elle est cause de nullité des conventions, de révocation des donations, et en tant qu'elle participe de l'exception d'ordre public partout où celle-ci fait obstacle à la règle de droit normalement applicable. Quant à la bienfaisance, elle ne transparaît juridiquement qu'à travers les quelques devoirs d'assistance que le droit impose parfois aux individus envers leurs proches ou ceux menacés par un péril grave et imminent. Pour un exposé de ce schéma classique, v. not. A. BOISTEL, *Cours de philosophie du droit*, A. Fontemoing, 1899, t. I, nos 31 à 33, pp. 48-55, et no 39, pp. 66-70.

(26) Pour HABERMAS, c'est en effet le débat présidant à l'élaboration de la loi qui permet d'assurer que celle-ci exprime les valeurs morales de la société, telles que convenues par ses représentants (v. not. *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Suhrkamp, 1983, trad. Ch. Bouchindhomme, *Morale et communication*, Le Cerf, 1986, pp. 87-93 ; et *Erläuterungen zur Diskursethik*, Suhrkamp, 1991, trad. M. Hunyadi, *Éthique de la discussion*, Le Cerf, 1992, not. p. 17 ; puis *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, 1993, trad. Ch. Bouchindhomme et R. Rochlitz, *Droit et démocratie*, Gallimard, 1997, p. 121 et s.). Quant aux règlements autonomes, purs actes de gouvernement, c'est leur soumission à la critique médiatique qui les subordonne encore à l'éthique sociale, et les rend toujours susceptibles de retrait lorsque la réaction populaire se fait trop virulente. Pour avoir ainsi pris part au débat qu'ils n'ont jamais été chargés que d'organiser, les médias d'information ont fini par

(suite p. suiv.)

où l'autorité morale se confond alors à l'autorité législative, il est beaucoup plus problématique au sein d'un système autocratique, lorsque plus rien, sinon un soulèvement populaire n'intervenant jamais qu'en dernière extrémité, ne permet d'assurer que les commandements arbitraires ne seront pas profondément immoraux. Il est ainsi arrivé que, en France même, un régime autoritaire impose des règles que la morale collective réprouvait. Mais l'observation vaut encore sur le terrain de l'éthique individuelle : s'il est bien vrai que chacun tend naturellement à faire siennes les règles sociales, il n'en demeure pas moins que l'on peut refuser de se plier à certaines d'entre elles, ou à plus forte raison ne s'y soumettre que du fait de la contrainte, sans susciter aucune réprobation morale, pour cette raison qu'il est alors socialement admis que l'individu puisse s'opposer, en son for, à l'ordre de la loi⁽²⁷⁾.

Pour l'essentiel cependant, il reste que la morale, tout en occupant un domaine plus vaste que celui du droit, le partage avec celui-ci lorsque le juridique vient renforcer la règle de conduite de sa sanction⁽²⁸⁾. Il est toujours possible, ainsi, au moins lorsque les intérêts

s'arroger, comme par voie de fait, l'autorité morale qu'ils détiennent aujourd'hui. On peut donc bien affirmer avec Chaïm PERELMAN que « la règle générale, ou du moins la présomption, est la conformité entre les règles morales et les règles juridiques. » (« Droit et morale », XIV^e Congrès international de philosophie, Vienne, 1968, publ. in *Éthique et droit*, ULB, 1990, pp. 358-366, spéc. p. 365).

(27) Ainsi ne condamne-t-on pas souvent, moralement au moins, les citoyens français qui, ayant aidé au séjour de ressortissants étrangers en situation irrégulière, se sont rendus coupables du délit prévu à l'article 622-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (issu de ord. 45-2658 du 2 nov. 1945, art. 21), au point que les juges semblent avoir eux-mêmes quelques réticences à faire application de la sanction pénale fulminée par ce texte (la Commission nationale consultative des droits de l'homme n'a ainsi recensé que dix-huit cas de condamnations de ce chef : CNCDH, note du 6 janv. 2011). Ce en quoi la morale de l'individu peut parfois s'opposer à celle du groupe sans que celui-ci n'y trouve à redire. Parfois même, il organise cette objection de conscience, manifestant par là, non pas l'immoralité de la règle de droit (le service militaire s'est toujours fondé en son temps sur la nécessité de préparer les citoyens à défendre leur patrie), mais sa volonté de laisser une marge de liberté à la conscience de l'individu lorsque celui-ci argue de motifs jugés suffisamment respectables. Et l'exception existe également en faveur de la morale collective : tel est bien l'objet de l'article 36 du Traité de Rome, d'après lequel l'impératif de moralité publique peut justifier une entrave à la libre circulation des marchandises au sein de la Communauté européenne.

(28) Par ce critère, la morale continue ainsi de se distinguer du droit, même lorsque les deux ordres en viennent, comme le plus souvent, à prescrire la même règle : adoptée par le droit, la norme ne perd pas sa nature morale, qu'elle double seulement d'une portée juridique. Qu'il se retire, et l'obligation morale pourra ne pas moins persister. V. ainsi 2^e civ., 9 mai 1988, *Bull.*, II, n° 111, qui juge que « si la nouvelle législation du divorce a, pour certains cas de divorce, supprimé le devoir de secours, elle n'a pas pour effet de priver de valeur l'obligation naturelle contractée dans un acte sous seing privé ». Il n'est d'ailleurs pas interdit de penser que le rapport vaut aussi à rebours, en ce que l'efficacité de la prescription légale se trouverait elle-même conditionnée à sa conformité morale : v. H. BATIFFOL, *Philosophie du droit*, 8^e éd., PUF, Que sais-je ?, 1989, p. 124.

L'admission de ce critère de distinction requiert toutefois de préciser que la règle morale n'est elle-même pas dépourvue de toute sanction, celle-ci relevant simplement d'une autre nature. Là où la sanction juridique est organisée et fait l'objet d'un jugement émanant d'une autorité publique instituée à cette fin, la sanction morale réside, selon le for, dans une vague réprobation sociale ou dans le remords infligé par sa propre conscience. V. ainsi G. DEL VECCHIO, *op. cit.* (*supra*, note 4), p. 278 : « Aussi bien le droit que la morale ont leurs sanctions propres et sont également parfaits, chacun à sa manière. Si la coercibilité est une sanction propre au droit, la morale en a d'autres : d'abord le sentiment de satisfaction ou de remords, qui suit l'accomplissement ou la transgression du devoir moral ; puis la sanction de l'opinion publique qui, au fond, est le reflet du même sentiment de satisfaction ou de remords de la conscience individuelle. » ; J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, préc. (*supra*, note 7), p. 324 : « La contrainte du droit, dira-t-on alors, est celle qui a son origine dans un organe différencié, spécialisé : l'organe qui a nom État dans les sociétés modernes, plus généralement, celui qui est constitué par les gouvernants, les chefs, les détenteurs du pouvoir. La contrainte des mœurs, au contraire, est celle qui s'inspire de l'ensemble du corps social, de la masse populaire, ou du moins d'un groupe, sans que sa source ait forme d'institution. » ; *id. auct.*, « Morale et droit », préc. (*supra*, note 13), p. 96 : « Ce qui fait la différence est la nature de la contrainte : instinctive et diffuse dans la morale, la (suite p. suiv.) »

défendus par la règle ne sont que particuliers, d'en revenir à la seule prescription morale et d'exclure alors le commandement ordinaire du droit. Mais parce que la règle juridique appelle plus qu'elle n'exclut la règle de conscience, il ne suffira pas toujours d'attribuer un caractère moral à son engagement pour évincer avec certitude la sanction de l'État : mieux vaudra pour ce faire inscrire son obligation dans le rejet explicite du droit plutôt que dans une soumission équivoque à la morale. Et il en ira d'autant plus ainsi lorsque l'on stipulera en une matière où il n'est pas habituel de se soustraire au contrôle du juge⁽²⁹⁾.

267. Obligation morale et obligation imparfaite – Depuis le droit romain, la tradition distingue les règles parfaites des règles imparfaites : les premières mettent en mouvement la contrainte du droit et ouvrent à cette fin une action, tandis que les secondes, incoercibles, n'en ouvrent aucune et ne se voient sanctionnées que par la voie de l'exception⁽³⁰⁾. L'obligation imparfaite se trouve ainsi dépourvue de l'un des deux attributs constitutifs du droit subjectif : conférant le *debitum* (*Schuld*) à son titulaire, elle le prive cependant de l'*obligatio* (*Haftung*)⁽³¹⁾. Pour autant, cette juridicité partielle de l'obligation imparfaite ne l'empêche pas de produire un effet juridique, même diminué, puisqu'elle suffit à fonder le paiement, et qu'elle permettrait même au juge de le forcer dans l'hypothèse où le défendeur n'aurait pas soulevé la fin de non-recevoir qui s'attache à l'absence du droit d'action⁽³²⁾. À la différence de l'obligation purement morale, l'obligation

contrainte est volontaire et organisée quand il s'agit du droit. » Sans d'ailleurs que cette infériorité formelle ne traduise nécessairement une infériorité matérielle : les sentences de l'opinion publique, qui sont toujours hâtives et grossières, sont souvent aussi excessives, condamnant par exemple le simple suspect au même opprobre que le coupable véritable. V. en ce sens Ch. PERELMAN, « Le droit et la morale devant l'euthanasie », *La morale et l'enseignement*, 1963, fasc. 3, publ. in *Éthique et droit*, ULB, 1990, pp. 367-373, spéc. p. 368 : « Alors qu'en morale il suffit d'un soupçon pour entamer la réputation d'une personne, dans notre droit le doute profite à l'accusé. » Et il n'est pas rare non plus que, étant parvenu à dissimuler son forfait, l'auteur succombe encore aux tiraillements insoutenables de sa conscience.

(29) V. *infra*, n° 269.

(30) ULPEN, à qui l'on doit cette distinction entre *lex perfecta* et *lex imperfecta* (*Reg., pr.*, 1 et 2), y ajoutait les *leges minus quam imperfectae*, ces lois moins que parfaites désignant celles dont la violation était constitutive d'une faute source de responsabilité sans toutefois valoir pour cause de nullité des actes passés en contravention : s'il était ainsi possible d'agir en responsabilité sur leur fondement, c'était à défaut de pouvoir agir directement en restitution. Plus tard, la scolastique médiévale découvrira encore des lois plus que parfaites (*leges plus quam perfectae*) dans toutes celles qui, faisant plus qu'anéantir les effets du manquement et réparer le préjudice résiduel, œuvrent à empêcher leur violation en sanctionnant celle-ci de peines dissuasives. À ces quatre types de normes répondent ainsi quatre formes de justice : aux lois plus que parfaites, la *justice répressive* ; aux lois parfaites, la *justice restitutive* ; aux lois moins que parfaites, la *justice réparatrice* ; et, finalement, une *justice préventive* pour les lois imparfaites, en ce que la règle prévient alors encore, par la voie de l'exception, toute forme d'exécution forcée.

(31) Un droit peut d'ailleurs être plus ou moins imparfait selon que son infirmité s'étend à toutes formes d'action ou à certaines d'entre elles seulement, aussi vrai qu'une obligation « moins que parfaite » au sens historique est déjà aussi, de ce simple fait, une obligation imparfaite. Toute obligation conférant en principe une pluralité d'actions (en exécution forcée ; en résolution pour inexécution ; en restitution ; en responsabilité...), l'exclusion d'une seule d'entre elles suffirait déjà à la rendre imparfaite. Et il faudrait conclure de même si l'action n'était concédée qu'à moitié : un droit qui ne permet de forcer qu'à une exécution par équivalent plutôt qu'en nature, ou celui qui supporte une clause limitative de responsabilité, privent encore l'obligation de sa perfection. Sans toutefois étendre aussi loin la qualification d'obligation imparfaite, on s'en tiendra ici aux droits dépourvus de toute action, qui seuls suscitent la confusion avec les obligations purement morales.

(32) Selon l'analyse processualiste, la prescription, au contraire de la forclusion, n'éteint ainsi que l'action, et
(suite p. suiv.)

imparfaite n'est donc pas juridiquement inexistante.

En quoi la qualification d'obligation imparfaite relève de son régime là où la question de sa nature morale ou juridique relève de sa source et en est le préalable : on ne peut discuter du régime juridique de l'obligation que si celle-ci a été juridiquement qualifiée. En droit, une obligation restée purement morale n'est pas une obligation imparfaite, mais bien une obligation parfaitement inexistante. Une obligation juridiquement imparfaite peut ainsi n'avoir rien de moral, ni en conscience ni selon l'éthique collective, tandis que, dans son propre domaine, l'obligation purement morale ne confère jamais aucune action et ne se prête donc pas sous ce rapport à la question de sa perfection⁽³³⁾. Relevant de deux ordres distincts, une obligation purement morale pourrait dès lors survivre et succéder à l'extinction totale d'une obligation imparfaite.

Il résulte de cette opposition de nature une différence très nette de régime. Parce que le paiement se fonde sur l'existence d'une obligation juridique véritable, même imparfaite, et non sur une simple obligation de conscience, sa validité ne sera pas conditionnée à l'intention de son auteur : le paiement involontairement effectué par le débiteur d'une

non la substance du droit (C. civ., art. 2262 anc. ; C. proc. civ., art. 122), lequel demeure sous une forme imparfaite, de telle sorte que le paiement d'une dette prescrite demeure valable (C. civ., art. 2249 nouv. ; mais aussi C. civ. italien, art. 2940 ; ou encore CO suisse, art. 63, § 2). Cette survie substantielle de l'obligation suffit alors à fonder la saisine du juge et justifie que celui-ci ne puisse suppléer d'office le moyen tiré de la prescription (C. civ., art. 2333 anc., et 2247 nouv.), alors qu'il le pourrait de l'inexistence de la dette : puisque le débiteur peut encore s'exécuter valablement, lui seul doit être admis à opposer cette fin de non-recevoir à l'action de son créancier.

Le législateur contemporain n'ignore lui-même pas le concept, qu'il utilise à fin de sanction lorsqu'il entend ne pas anéantir radicalement le rapport de droit ; l'obligation imparfaite traduit alors une déchéance du seul droit d'action. V. ainsi C. mon. et fin., art. L. 313-21, al. 3 (issu de L. 84-46 du 24 janv. 1984), qui dispose que « *L'établissement de crédit qui n'a pas respecté les formalités prévues aux premier et deuxième alinéas ne peut dans ses relations avec l'entrepreneur individuel se prévaloir des garanties qu'il aurait prises.* » : la précision introduite au texte postule que la garantie contractée pourrait encore être opposée à un autre que son souscripteur, notamment contre une sous-caution (rapp. Com., 27 mai 2008, *Bull.*, IV, n° 106 ; *RTD civ.* 2008, p. 517, obs. P. Crocq). Ou encore C. consom., art. L. 313-10 (issu de L. 78-22 du 10 janv. 1978), puis art. L. 341-4 (rédact. L. 2003-721 du 1^{er} août 2003), d'après lequel « *Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus* » : la Cour de cassation en a déduit qu'une cour d'appel « *eût dû seulement décider que la Caisse d'épargne ne pouvait, en application du texte précité, se prévaloir des cautionnements et non annuler ceux-ci* » (1^{re} civ., 22 oct. 1996, *Bull.*, I, n° 362 ; *JCP* 1997, I, 3991, n° 5, p. 22, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque, et II, 22826, note S. Piedelièvre ; *D.* 1997, p. 515, note M. Wacongne, et SC, p. 166, obs. L. Aynès ; *RTD civ.* 1997, p. 189, obs. P. Crocq). Chaque fois qu'il sera cependant question de sanctionner la carence du créancier, il sera alors loisible au législateur de permettre au juge de relever d'office cette déchéance, et de poser ainsi exception au principe qui fait de l'imperfection de la dette un moyen laissé à la disposition du débiteur.

(33) Cette nécessaire distinction de l'obligation imparfaite et de l'obligation morale n'a pourtant pas toujours été clairement perçue. V. par ex. C.-E. DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, 3^e éd., Delestre-Boulage, 1824, t. II, p. 452, pour qui « *L'obligation imparfaite est celle qui n'a d'effet que dans le for de la conscience* » ; F. TAULIER, *Théorie raisonnée du Code civil*, Prudhomme, Grenoble, t. IV, 1844, p. 260 : « *Les obligations imparfaites sont du domaine de la conscience seule.* » ; G. MASSÉ et Ch. VERGÉ, *Le Droit civil français par K.-S. Zachariae*, A. Durand, t. III, 1856, § 525, note 1, p. 344 : « *Il ne faut pas du reste confondre avec les obligations naturelles certains devoirs de charité, de reconnaissance ou de conscience qui ne donnent droit à personne pour en exiger l'accomplissement, et constituent ce qu'on a appelé des obligations imparfaites.* » Quant à POTHIER, il qualifiait d'imparfaite l'obligation qui n'obligeait ni dans le for du droit ni dans celui de la conscience, mais seulement envers Dieu... V. *Traité des obligations*, J. Debure, Paris, et V^{te} Rouzeau-Montaut, Orléans, 1774, t. I, n° 1, in *Œuvres de Pothier*, par J. Bugnet, éd. Cosse et Delamotte, Paris, t. II, 1848, p. 1 : « *On appelle obligations imparfaites les obligations dont nous ne sommes comptables qu'à Dieu et qui ne donnent aucun droit à personne d'en exiger l'accomplissement, tels sont les devoirs de charité, de reconnaissance.* » (v. égal. *ibid.*, n° 3, p. 5, et n° 197, p. 93).

obligation juridique imparfaite ne vaut pas moins, au même titre que s'il intervenait sur une obligation parfaite, alors que l'exécution d'une obligation purement morale suppose toujours de vérifier son caractère intentionnel⁽³⁴⁾. *A fortiori*, peu importerait que le *solvens* eût payé dans la croyance erronée du caractère parfait de son obligation, dans la crainte donc d'une action en exécution forcée qui se serait en réalité heurtée à une fin de non-recevoir⁽³⁵⁾. Au contraire, celui qui s'exécute en se croyant soumis à une telle action alors que son obligation n'existe que selon la morale et aucunement en droit, même imparfaitement, pourra prétendre à la répétition de cet indu, faute de toute cause à son paiement⁽³⁶⁾. L'obligation imparfaite vaut donc bien plus, en droit, que l'obligation morale, en ce qu'elle suffit à fonder objectivement le paiement et à mettre ainsi obstacle à toute restitution⁽³⁷⁾.

268. Obligation morale et obligation naturelle – L'obligation naturelle est historiquement une notion duale. Sous cette qualification, il semble en effet qu'il se soit en premier lieu agi pour les jurisconsultes romains d'expliquer les conséquences juridiques résiduelles des obligations imparfaites par l'existence d'une obligation morale assumée par le débiteur et, ce faisant, de les inscrire dans la nature des choses. On justifiait par ce biais le refus du prêteur d'ordonner la *restitutio in integrum* du paiement d'une obligation pourtant contractée en méconnaissance de la formule attributive de l'action. L'obligation naturelle visait alors toute obligation imparfaite, en ce que celle-ci était réputée faire naître, en tant que telle, une obligation morale de s'exécuter justifiant la validité du paiement⁽³⁸⁾.

Comme par circularité cependant, on en vint à qualifier de naturelle toute obligation morale pour en inférer, mais par déduction alors, l'application nécessaire du régime de

(34) Telle est précisément le sens de l'article 1235 du Code civil, en ses deux alinéas. Le premier pose pour principe que le paiement est valable à la seule condition matérielle de l'existence de la dette. Le second y ajoute l'intention du débiteur pour condition psychologique lorsque l'obligation n'a juridiquement plus d'existence positive, même imparfaite.

(35) V. ainsi, pour une dette payée dans l'ignorance d'une prescription acquise : Req., 17 janv. 1938, *DP* 1940, I, p. 57, note J. Chevallier ; Com., 8 juin 1948, *D.* 1948, p. 376 ; 21 févr. 1949, *JCP* 1949, II, 4929, obs. L. H. ; Soc., 11 avril 1991, *Bull.*, V, 192 ; *RTD civ.* 1992, p. 97, obs. J. Mestre.

(36) Ce en quoi l'obligation purement morale ne fonde le paiement que pour autant qu'elle est aussi de conscience. En ce sens, à propos de l'obligation naturelle, comprise comme une obligation morale : Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXVII, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. IV, [3^e éd.], 1876, nos 46 et 47, pp. 39-44 ; L. GUILLOUARD, *Traité des contrats aléatoires & du mandat*, 2^e éd., A. Durand et G. Pedone-Lauriel, 1894, n° 81, p. 120 : « payer volontairement, ce n'est pas seulement payer librement, sans contrainte et sans dol, avec la capacité nécessaire pour aliéner ce que l'on paie : c'est aussi payer d'une façon éclairée, sachant que l'on paie une dette que l'on pourrait ne pas payer, mais que néanmoins l'on veut payer. » ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 9^e éd., LGDJ, t. II, 1923, n° 839, p. 275, « L'existence d'une obligation naturelle ne fait pas obstacle à l'action en répétition, parce que la loi française veut que les obligations naturelles soient volontairement acquittées (art. 1235), et le paiement n'est pas volontaire quand le débiteur s'est exécuté, se croyant civilement tenu. [...] – En droit romain un des principaux effets attribués aux obligations naturelles, ou du moins à beaucoup d'entre elles, était au contraire de servir de base à un paiement et de le rendre valable en faisant obstacle à la « *condictio indebiti* ». »

(37) Sur les autres différences de régime qui découlent de cette opposition de nature et qui distinguent encore l'obligation purement morale de l'obligation imparfaite, v. plus spéc. *infra*, n° 271 et s.

(38) C'est cette théorie dite classique de l'obligation naturelle qu'évoque, sans l'adopter, R.-J. POTHIER, *op. cit.* (*supra*, note 33), n° 191, p. 90 : « On appelait dans le droit romain obligation naturelle, celle qui était destinée d'action, c'est-à-dire qui ne donnait pas envers qui elle était contractée, le droit d'en demander en justice le paiement. »

l'obligation imparfaite, lequel perdit ainsi sa fonction de présupposé pour ne plus devenir qu'un simple effet juridique de l'obligation morale⁽³⁹⁾. Alors que la qualification d'obligation naturelle se déduisait initialement de l'absence de toute action, elle-même due au non-respect de la procédure formulaire romaine, on finit par substituer une cause à une autre et à voir dans la moralité de l'obligation la seule raison de son effet juridique⁽⁴⁰⁾. Dès lors, la place de l'obligation morale n'a plus été de suivre l'obligation imparfaite, qu'il aurait été moralement fondé d'exécuter, mais de la précéder, en ce que la seule existence d'un devoir moral suffisait dorénavant à justifier de lui appliquer le régime de l'obligation imparfaite. C'est cette substitution de fondements, autorisée par l'ambiguïté historique du concept⁽⁴¹⁾, qui est à l'origine des malentendus qui ont depuis toujours embarrassé la théorie⁽⁴²⁾. Longtemps, ce processus de naturalisation, en doublant l'obligation imparfaite

(39) Bien qu'il soit difficile de dater précisément cette évolution, il semble acquis qu'elle soit intervenue à la même époque classique, puisque le droit justinien consignait déjà les deux acceptions de l'obligation naturelle. V. par ex. D. et A. DALLOZ, *Jurisprudence générale – Répertoire méthodique et alphabétique*, 2^e éd., t. XXXIII, 1860, v^o Obligations, n^{os} 1049 et 1050, p. 246, qui note que, en son dernier état, le droit romain y voyait tantôt une « obligation civile imparfaite », tantôt une obligation « purement morale ou de conscience ». Comp. ainsi Dig., XII, VI, 26, 12, et 32, § 2 ; XXXIX, V, 19, § 4 ; et XLIV, VII, 10 et 14. En même sens : N. VRABIESCO, *Les obligations naturelles et les devoirs moraux comme notions indépendantes*, th. Paris, 1921, pp. 20-24. Et plus spéc. F. SENN, « Les obligations naturelles – La leçon de la Rome antique », *RHD* 1958, pp. 151-189, spéc. p. 179 ; puis J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, 2^e éd., Montchrestien, 2000, pp. 258-259, qui font remonter cette subsomption de l'obligation imparfaite sous l'obligation morale aux deux premiers siècles de notre ère. Comp. R. MONIER, *Droit romain*, t. II, *Les obligations*, 5^e éd., Montchrestien, 1954, n^o 183, p. 252, qui attribue cette moralisation de l'obligation naturelle à l'intervention plus tardive des jurisconsultes byzantins.

(40) C'est ainsi que l'obligation naturelle, en s'affranchissant de la question strictement procédurale, put essaimer partout où le droit civil ne prescrivait pas, notamment à l'endroit des esclaves ; mais elle y traîna alors avec elle le régime juridique de l'obligation imparfaite. V. par ex. Dig., XII, VI, 26, § 12, qui refuse la répétition du paiement intervenu en exécution d'un devoir de reconnaissance de l'esclave affranchi lors même que celui-ci s'était cru civilement tenu (comp. *supra*, n^o 267, *in fine*). Ce n'est qu'avec l'abandon de la procédure formulaire, d'abord, et l'influence du droit canonique, ensuite, que l'on détacha définitivement l'obligation naturelle de l'obligation imparfaite pour la rattacher exclusivement à l'obligation morale.

(41) Sur cette ambiguïté, v. J. FLOUR, « La notion d'obligation naturelle et son rôle en droit civil », *Rapp. français*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. VII, 1952, E. Doucet, Montréal, 1956, pp. 813-832, spéc. p. 814, qui estime de l'obligation naturelle que « l'imprécision est, à la vérité, de son essence ; elle porte en soi la contradiction. » ; puis G. MARTY, « L'obligation naturelle », *Ann. Fac. dr. Toulouse*, 1960, t. VIII, fasc. 1, pp. 45-58, spéc. p. 45, qui décrit « une tradition mais en réalité peu claire, et dans laquelle se trouvait en germe le conflit de deux tendances qui n'ont pas cessé de s'opposer. »

(42) Comp. ainsi, analysant encore l'obligation naturelle comme une obligation imparfaite : H. MASSOL, *De l'obligation naturelle et de l'obligation morale en droit romain et en droit français*, 2^e éd., A. Durand, 1862 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, 3^e éd., A. Marescq aîné, 1878, t. XVII, n^o 6, p. 13 : « Si l'obligation naturelle diffère par son essence du devoir moral, par contre elle est identique au fond avec l'obligation civile ; elle n'en diffère que sous un rapport, c'est qu'elle n'est pas munie d'une action. », puis « dans l'obligation naturelle, le lien de droit qui existe entre les parties est imparfait, le créancier n'ayant pas d'action contre le débiteur. » ; C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, A. Rousseau, 1900, XXX^e leçon, p. 449 : « il y a une différence profonde à établir entre les obligations civiles et les obligations naturelles. Pas plus chez nous qu'à Rome, on n'entend pas là de simples obligations morales. Ce sont de véritables obligations au point de vue du droit, mais constituées dans des conditions telles que la loi, tout en fournissant des moyens indirects de sanction, n'accorde cependant pas le moyen direct, ordinaire et normal, de procurer l'exécution de l'obligation, c'est-à-dire l'action en justice. » ; A. BARRAUD, *Les obligations naturelles*, th. Paris, 1908, p. 38 et s. ; E. IONESCU, *Les obligations naturelles*, th. Paris, 1911, p. 36 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., LGDJ, t. VII, *Obligations*, 1954, n^o 978, p. 313 ; J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte gratuit*, th. Toulouse, LGDJ, 1955, spéc. p. 339 et s. : « Essai d'une théorie néoclassique de l'obligation naturelle » ; *id. auct.*, « Les obligations naturelles, la jurisprudence, le droit », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Dalloz, 1960, t. II, pp. 321-348 ; jusqu'à J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.* (*supra*, note 5), n^o 742, p. 724. Ce fut aussi le point de vue adopté en 1927 par la Commission française d'études de l'union législative entre les nations alliées et amies dans la rédaction du *Projet de code des obligations et des contrats* (*suite p. suiv.*)

d'une obligation morale, provoqua la fusion de deux notions pourtant essentiellement distinctes⁽⁴³⁾. Reconnaître l'autonomie de la notion d'obligation naturelle suppose de lui conférer une valeur qui lui soit propre, et de ne pas la confondre tout à fait ni à l'obligation imparfaite, d'une part, ni même à l'obligation morale, d'autre part.

Si l'on veut bien revenir à son origine, il apparaît en premier lieu que l'obligation naturelle se distingue nettement de l'obligation imparfaite, qui existait avant celle-là et dont le régime est bien différent. Le seul point de convergence, en réalité, réside dans le fait que l'une et l'autre ne donnent aucune action tout en empêchant la répétition, mais déjà sous ce premier tempérament que l'obligation naturelle ne produit cet effet qu'à la condition d'avoir été volontairement exécutée. Au-delà, les deux régimes divergent et révèlent une profonde différence de nature. Il est en effet assez largement admis aujourd'hui que l'obligation naturelle ne se transfère, ne se compense, ni ne se cautionne, pour cette simple raison qu'elle n'a, avant son paiement ou sa réitération, aucune existence juridique⁽⁴⁴⁾. Or,

commun à la France et à l'Italie (Impr. nat., Paris, 1929), à son article 66, alinéa 2 : « La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été spontanément acquittées », le rapport préliminaire précisant page 60 que « le paiement d'une obligation naturelle, encore qu'il soit fait dans la fausse opinion qu'on pourrait être contraint par le juge, n'est jamais sujet à répétition, justement parce qu'on a payé une dette juridiquement existante. », puis « Voilà pourquoi, dans l'article 66, on a remplacé le mot « volontairement » par cet autre, plus expressif et moins ambigu, « spontanément », conformément à l'expression que l'on trouve dans les sources romaines : sponte non coactus. » Depuis un siècle pourtant, la doctrine penche majoritairement pour l'assimilation de l'obligation naturelle à une obligation morale, émergeant ainsi à une théorie dite moderne de l'obligation naturelle. V. not. en ce sens M. PLANIOL, « Assimilation progressive de l'obligation naturelle et du devoir moral », *RCLJ* 1913, pp. 152-161 ; G. RIPERT, *op. cit.* (*supra*, note 18), nos 192 et 193, pp. 374-378, puis n° 202, p. 395 : « ce que l'on appelle obligation naturelle, c'est tout simplement le devoir moral envisagé dans les effets juridiques qu'il est capable de produire. » ; D. FENOUILLET, *La conscience*, th. Paris II, 1991, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 235, 1993, nos 152 à 174, pp. 90-113. Et encore M. JULIENNE, « Obligation civile et obligation naturelle », *D.* 2009, chr., pp. 1709-1715. Rapp. déjà l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, art. 1151, al. 1^{er} : « L'obligation naturelle recouvre un devoir de conscience envers autrui. » En cela, ces auteurs se conforment finalement à l'opinion des rédacteurs du Code, qui était aussi celle de POTHIER, *op. cit.* (*supra*, note 33), nos 173 et 175, p. 85. V. not. F.-J.-J. BIGOT-PRÉAMENEU, exposé des motifs, Corps lég., 7 pluv. an XII, in P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, p. 264, art. 1235, et J.-G. Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. XII, p. 364, n° 113 : « Il ne s'agit plus ici de ces obligations qui, dans la législation romaine, avaient été mises au rang des obligations naturelles, parce que, n'ayant ni la qualité du contrat ni la forme des stipulations, elles étaient regardées comme de simples conventions dont une action civile ne pouvait naître. » Adde M. ROTONDI, « Quelques considérations sur le concept d'obligation naturelle et sur son évolution », *RTD civ.* 1979, pp. 1-12, où l'auteur italien montre en outre que, consubstantiel à la notion, son flou se répand partout où elle est connue. Et pour la confusion des deux obligations imparfaite et morale en une seule, v. not. Ch. DEMOLOMBE, *op. cit.* (*supra*, note 36), n° 34, p. 26, et n° 42, pp. 33-34 ; Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français*, 4^e éd., Marchal, Billard & Cie, t. IV, 1871, § 297, 1^o, pp. 4-5 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil – Les obligations*, t. 2, *Contrat*, 6^e éd., Litec, 1998, n° 2218 et s., p. 783 et s. ; ou encore le Code libanais des obligations et des contrats, qui, tout en énonçant à son article 2 que « L'obligation naturelle est un devoir juridique dont l'accomplissement ne peut être exigé, mais dont l'exécution volontaire a la même valeur et produit les mêmes effets que celle d'une obligation civile. », décline dans les dispositions suivantes plusieurs solutions caractéristiques d'une obligation purement morale.

(43) Sur cette nécessaire distinction, v. *supra*, n° 267.

(44) V. par ex. H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. 1, *Introduction à l'étude du droit*, 12^e éd., par F. Chabas, Montchrestien, 2000, n° 368, pp. 510-511. Adde Code libanais des obligations et des contrats, art. 5 : « Une obligation naturelle ne s'éteint pas par le jeu de la compensation. » ; puis art. 7 : « Une dette naturelle ne peut être garantie ». Son régime est sur ce point celui de l'obligation purement morale : v. *infra*, n° 273. Décider autrement suppose de faire de l'obligation naturelle une obligation imparfaite : v. par ex. A.-M. DEMANTE et E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code civil*, 2^e éd., Plon, t. V, 1883, par E. Colmet de Santerre, n° 174 bis, II et III, pp. 294-295. Ceux qui défendent cette confusion prônent aussi, par voie de conséquence, la transmissibilité de l'obligation : v. par ex. J.-J. DUPEYROUX, « La transmissibilité passive des obligations alimentaires », *D.* 1959, chr., pp. 71-74.

depuis le droit romain, la solution contraire a toujours prévalu pour l'obligation imparfaite, qui présente, en dépit de l'absence d'action, tous les autres attributs d'une obligation civile⁽⁴⁵⁾. Et s'il est bien acquis, en outre, que la simple réitération d'une obligation naturelle peut suffire à conférer une action à son bénéficiaire⁽⁴⁶⁾, il n'est pas du tout assuré qu'il dût en aller de même de l'obligation imparfaite, pour laquelle rien ne permet d'affirmer que l'intention du débiteur qui en confirme l'existence fût de conférer une action à son créancier⁽⁴⁷⁾.

Ne puisant sa source que hors du droit, l'obligation naturelle ne vise pas pour autant tout devoir de conscience : il faut encore que ce devoir relève de la morale collective, et en cela de la nature des choses, et non pas uniquement du sentiment intime de l'intéressé. Ce n'est qu'à cette condition que l'obligation morale peut être qualifiée d'obligation naturelle et qu'il devient justifié de lui appliquer le régime de faveur que lui reconnaît le droit en vue de lui prêter sa sanction. C'est cette moralité objective de l'obligation naturelle qui explique que l'on puisse déduire d'une simple réitération la volonté de son auteur d'élever son obligation de conscience au domaine du droit⁽⁴⁸⁾, que l'on ait ainsi donné effet à un engagement par volonté unilatérale à une époque où l'on discutait encore la possibilité d'en concevoir l'existence en droit français⁽⁴⁹⁾, et que l'on fasse même

(45) Pour la compensation de l'obligation imparfaite : ULPIN, *in* Dig. XVI, II, 6 ; jusqu'à W. DROSS, *Clausier – Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 2008, v° Clause de non-recours, p. 359. Et pour son cautionnement : Inst. Gaius, III, 119, suivi *in* Inst. Justinien, III, XX, 1 ; jusqu'à Com., 22 mai 2007, *Bull.*, IV, n° 136 ; D. 2007, p. 1999, note O. Deshayes.

(46) V. *infra*, n° 276.

(47) On notera en ce sens que la dette de jeu, que la lettre de l'article 1965 du Code civil suffirait à qualifier d'obligation imparfaite, ne donne aucune action en paiement, même après réitération.

(48) Fondant ainsi le régime juridiquement dérogatoire de l'obligation naturelle sur sa conformité à la morale collective, v. J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, th. Toulouse, 1920, t. I, pp. 54-57 ; C. THOMAS, *Essai sur les obligations naturelles en droit privé français*, th. Montpellier, 1932, p. 131 ; G. MARTY, art. préc. (*supra*, note 41), p. 52 ; puis G. MARTY et M. RAYNAUD, *Introduction générale à l'étude du droit*, 2^e éd., Sirey, 1972, n° 275, p. 444 : « Pour qu'elle existe, il faut certes d'abord que le devoir soit ressenti par celui qui s'en estime tenu. Mais ce scrupule ne suffit pas à constituer l'obligation naturelle. Cette dernière ne nous paraît exister que si l'idée de ce devoir est acceptée, approuvée, considérée comme normale dans le milieu social dont les juges sont en pratique les représentants et les interprètes. Ainsi le scrupule de conscience passe de plan purement subjectif sur le plan objectif » ; J. FLOUR, art. préc. (*supra*, *ibid.*), p. 821 : « Ainsi l'obligation naturelle se nuance, sur ce point, d'un certain caractère objectif. Pour la constituer, la croyance du débiteur à un devoir de conscience est nécessaire, non pas suffisante. Les conceptions morales de l'individu ne doivent pas être en opposition avec celles de la société. » ; M. GOBERT, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, th. Paris, 1956, Sirey, 1957, pp. 177-182, qui conclut, p. 197 : « Ainsi, entre le droit positif, système théoriquement clos, et les constantes aspirations de la conscience morale, l'obligation naturelle maintient constamment le contact. Elle est ce que nous serions tenté d'appeler le véhicule de la justice. » Comp. D. FENOUILLET, *op. cit.* (*supra*, note 42), nos 145 à 174, pp. 84-113, spéc. n° 162, p. 101, qui estime que « La voix d'une conscience ne peut suffire si elle ne coïncide pas avec la règle morale. », et propose par suite de ne fonder l'obligation naturelle que sur la prescription objective de la morale, abstraction faite de tout devoir de conscience personnelle.

(49) Pour cette qualification, v. ainsi L. HUGUENEY, note sous Trib. Chalon-sur-Saône, 20 déc. 1911, *S.* 1912, II, p. 186 ; C. THOMAS, *op. cit.* (*supra*, note préc.), pp. 125-128 ; P. CAROUS, *La volonté unilatérale source d'obligations en droit privé moderne*, th. Lille, 1938, pp. 43-44 ; et plus spéc. encore M. GOBERT, *op. cit.* (*supra*, *ibid.*), p. 151 et s. Adde C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, th. Paris II, 2005, Defrénois, Doctorat & Notariat, t. 23, 2007, n° 684, p. 305. La jurisprudence l'a aujourd'hui expressément adoptée : v. ainsi 1^{re} civ., 10 oct. 1995, *Bull.*, I, n° 352 (D. 1996, SC, p. 120, obs. R. Libchaber ; D. 1997, p. 155, note G. Pignarre, et chr., p. 85, « L'obligation naturelle devant la Cour de cassation », par N. Molfessis), jugeant que « la transformation [...] d'une obligation naturelle en obligation civile [...] repose sur un engagement unilatéral d'exécuter l'obligation naturelle » ; puis 4 janv. 2005, *Bull.*, I, n° 4 (D. 2005, p. 1393, note G. Loiseau ; RTD civ. 2005, p. 397, obs. J. Mestre et B. Fages).

exception ce faisant aux conditions de validité ordinairement applicables aux libéralités⁽⁵⁰⁾. Il faudra certes toujours que l'intéressé ait entretenu ce devoir moral en son for intérieur⁽⁵¹⁾, mais la moralité objective de l'obligation suffit alors à le présumer.

L'obligation naturelle est donc bien en définitive une obligation morale, mais d'une espèce particulière et supérieure en ce qu'elle résulte d'une prescription objective, à la différence des simples devoirs de conscience⁽⁵²⁾. Plus susceptible que ces derniers d'être juridiquement reconnue, il n'en reste pas moins que, à défaut de toute réitération ou exécution, l'obligation naturelle demeure hors du droit et qu'il n'y a dès lors pas lieu, à l'observer du côté de son inexistence juridique, de la distinguer des autres devoirs de conscience. Si bien que la question de l'identification des sources se pose semblablement pour toute obligation morale.

B - IDENTIFICATION DES SOURCES DE L'OBLIGATION MORALE

269. L'obligation maintenue hors du droit – Le devoir moral peut d'abord naître hors du droit et y demeurer. Cette éviction de la sanction juridique opérera alors d'elle-même ou sur option des intéressés selon que l'obligation sera jugée purement morale par essence, par nature, ou seulement par accident.

Dans le premier cas, l'intention des parties importera peu : quand bien même chercheraient-elles à soumettre leur différend au contrôle du juge étatique, celui-ci déclinera toujours sa compétence⁽⁵³⁾. Il en va spécialement ainsi dans tous les rapports relevant de la

(50) V. *infra*, n° 276.

(51) Jurisprudence classique : Civ., 27 mai 1862, *DP* 1862, I, p. 208 ; Req., 3 avril 1882, *DP* 1882, I, p. 250 ; 30 juill. 1900, *DP* 1901, I, p. 502 ; Civ., 9 juill. 1935, *Gaz. Pal.* 1935, II, p. 555. *Contra* cep. : D. FENOUILLET, *loc. cit.* (*supra*, note 48).

(52) Ainsi l'obligation n'est-elle naturelle que lorsqu'elle concerne un devoir de justice, voire d'assistance, auquel contraignent volontiers la morale collective, et rarement un devoir de charité, à laquelle seule la conscience individuelle peut obliger. V. en ce sens M. CARON, « La notion d'obligation naturelle et son rôle en droit civil », *Rapp. gén.*, in *Trav. Assoc. H. Capitant*, t. VII, 1952, E. Doucet, Montréal, 1956, pp. 885-893, spéc. pp. 888 et 891. Sur cette multiplicité des domaines de la morale, v. *supra*, n° 266, spéc. note 25. Ce fondement justifie que l'on ait pu voir une obligation naturelle dans le devoir de réparation reconnu par l'auteur non fautif d'un dommage ou dont la faute fut trop lointaine pour être juridiquement adéquate (Req., 12 janv. 1937, *DH* 1937, p. 145 ; et CA Paris, 19 janv. 1977, *JCP N* 1978, II, p. 258, entre concubins ; puis 8 nov. 1968, *D.* 1969, SC, p. 17, entre un employeur et sa collaboratrice) ; dans la volonté d'un acquéreur d'indemniser son vendeur de la trop bonne affaire réalisée à ses dépens lorsque la rescision ou la réduction pour lésion demeurent irrecevables (Req., 10 déc. 1851, *DP* 1852, I, 80 ; 28 juin 1920, *S.* 1922, I, p. 346) ; dans la donation rémunératoire d'un service rendu (Req., 10 déc. 1851, préc.) ; ou encore dans l'engagement de contribuer à l'entretien de proches envers lesquels le droit n'impose aucune obligation alimentaire (Req., 3 avril 1882, préc. (*supra*, note 51) ; et CA Paris, 7 oct. 1954, *D.* 1955, p. 100, entre concubins ; Civ., 27 mai 1862, préc. (*ibid.*) ; Req., 5 mars 1902, *DP* 1902, I, p. 220 ; *S.* 1902, I, p. 312 ; Civ., 7 mars 1911, *DP* 1913, I, p. 404 ; et Req., 20 avril 1912, *S.* 1913, I, p. 214, envers celle que le débiteur considérait comme sa fille), voire dans celui exécuté au-delà de cette obligation (1^{re} civ., 5 avril 1993, *Bull.*, I, n° 141 ; *RTD civ.* 1993, p. 576, obs. J. Hauser).

(53) *Contra* L. ATTUEL-MENDES, *Consentement et actes juridiques*, th. Paris II, 2006, Litec, coll. Droit de l'entreprise, t. 77, 2008, n°s 154 à 169, pp. 97-106, qui distinguant la volonté de l'intention estime que, sans la seconde, la première ne vaut pas consentement et ne suffit dès lors pas à former le contrat, de sorte que tout dépendrait pour cet auteur de l'intention des parties et rien de la disposition du droit à accueillir ou non cette intention.

simple courtoisie : on n'imagine pas un tribunal condamner à exécution ni même à réparation l'auteur d'une invitation à dîner, quelle qu'ait pu être la volonté des parties en ce sens. Cette obligation-là, pour aussi certaine qu'elle paraisse selon la morale, demeurera irréductiblement confinée au monde du non-droit, de telle sorte que la convention qui l'aura fait naître ne produira aucun effet juridique⁽⁵⁴⁾. C'est même, de façon plus générale, toutes les obligations de valeur insignifiante qui se trouvent ainsi rejetées hors du domaine du droit, et contenues dans celui de la seule morale⁽⁵⁵⁾.

Le plus souvent cependant, l'obligation morale ne le sera que par nature, et n'empêchera dès lors pas son débiteur de la porter sur le terrain du droit. Seulement, faute de toute déclaration en ce sens, on continuera à présumer que le devoir fut demeuré exclusivement moral. L'hypothèse vise en particulier les devoirs d'assistance, et plus encore de charité, qui échappent ordinairement à la sanction juridique⁽⁵⁶⁾. C'est bien ainsi que l'engagement pris d'apporter un soutien alimentaire à son concubin, ou à tout parent, notamment collatéral, envers lequel le droit n'obligerait pas, est réputé contracté en conscience plutôt qu'en droit, même s'il peut être assez bienvenu pour y voir par ailleurs une obligation naturelle⁽⁵⁷⁾. Ce en quoi encore les conventions d'assistance ne relèvent pas, entre particuliers au moins, du domaine juridique pour les obligations qu'elles prévoient, faute pour les parties de l'avoir expressément stipulé⁽⁵⁸⁾. Le juge est bien appelé à régler cette relation d'entraide, mais sur le fondement quasi-contractuel de la gestion d'affaire et non pas sur celui de la convention des parties, exclusive de toute qualification contractuelle⁽⁵⁹⁾. Du reste, cette

(54) V. en ce sens G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965, n° 108, pp. 393-394. Strictement, un tel contrat ne serait peut-être pas inexistant, considérant que les parties ont bien cherché à s'engager en droit ; mais refusant d'en connaître, celui-ci le déclarera nul de nullité absolue pour absence, ou insignifiance, de son objet.

(55) Si donc le juge saisi se déclare en l'hypothèse incompetent, ce n'est pas seulement qu'il refuse de connaître d'un différend juridique dont il estime l'intérêt insuffisant, mais bien qu'il borne en deçà le domaine du droit, considérant que celui-ci n'a pas vocation à s'immiscer dans toutes les relations personnelles. Cette limite-ci est d'ordre substantiel plutôt que procédural : ce n'est pas l'intérêt illégitime à agir que sanctionne alors le juge mais l'absence, antérieure à l'action, de toute obligation juridique. Si le rejet de l'action pour défaut d'intérêt sérieux empêche certainement le juge de constater, sur le fond, la nullité du contrat, il n'en reste pas moins que ce dernier constat s'imposera toujours si la fin de non-recevoir n'a pas été préalablement soulevée. Le contrôle de l'intérêt à agir n'intervient que sur l'objet de la demande, tel que formulé par le requérant, et n'autorise aucun examen des faits allégués. Cette différence apparaît clairement dans l'hypothèse d'un contrat parfaitement valable selon le droit mais dont l'inexécution aura été si minime qu'elle n'aura fait naître aucune action légitime. Sur cette dualité de l'adage *De minimis non curat praetor*, v. not. J. CARBONNIER, « De minimis... », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, pp. 29-37, et *Flexible droit*, *op. cit.* (*supra*, note 13), pp. 74-83.

(56) Pour quelques exceptions cependant, v. not. l'obligation faite de venir en aide à une personne en péril (C. pén., art. 223-6), de prêter secours à son conjoint (C. civ., art. 212), de servir des aliments à ses ascendants et descendants dans le besoin (C. civ., art. 205 à 211), ou encore de porter assistance maritime (L. 67-545 du 7 juill. 1967, art. 9 et s., spéc. art. 19).

(57) V. *supra*, n° 268, spéc. note 52.

(58) V. not., à propos de l'accord conclu en vue de partager les frais d'un trajet en voiture : 1^{re} civ., 6 avril 1994, *Bull.*, I, n° 136 ; *JCP* 1994, I, 3781, n° 1, obs. M. Fabre-Magnan ; *RTD civ.* 1994, p. 866, obs. P. Jourdain. Et dans la même hypothèse, outre-Manche : *Coward vs. Motor Insurer's Bureau*, 1963.

(59) Alors que la gestion d'affaire avait tout d'abord connu la fortune qui lui était ici due, on a assisté au cours de la seconde moitié du siècle dernier à un délaissement progressif de ce fondement par les juges en faveur d'une contractualisation des conventions d'assistance. V. ainsi Civ., 1^{re} sect., 27 mai 1959, *Bull.*, I, n° 271 ; *D.* 1959, p. 524, note R. Savatier ; *JCP* 1959, II, 11187, note P. Esmein ; *RTD civ.* 1959, p. 735, obs. (suite p. suiv.)

vocation au non-droit paraît concerner plus largement tout service rendu sans contrepartie⁽⁶⁰⁾ ou contre un autre service : dès lors que les effets de la convention demeurent exclusivement matériels, n'emportant aucun transfert ni constitution, extinction ou reconnaissance de droit ou de pouvoir, il n'est aucune raison de penser, faute de toute intention exprimée en ce sens, que les parties aient entendu soumettre leur accord au contrôle du juge⁽⁶¹⁾. Même les actes translatifs conclus à titre gratuit semblent devoir céder

H. et L. Mazeaud ; Civ., 2^e sect., 23 mai 1962, *Bull.*, II, n° 459 ; *RTD civ.* 1963, p. 327, obs. A. Tunc ; Soc., 14 févr. 1963, *Bull.*, IV, n° 165 ; 1^{re} civ., 1^{er} déc. 1969, *Bull.*, I, n° 375 ; D. 1970, p. 422, note crit. M. Puech ; *JCP* 1970, II, 16445, note crit. J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1971, p. 164, obs. crit. G. Durry ; 21 déc. 1976, *Bull.*, I, n° 422 ; 8 nov. 1977, *Bull.*, I, n° 406 ; Soc., 21 juill. 1986, *Bull.*, V, n° 421 ; *RTD civ.* 1987, p. 533, obs. J. Mestre ; 1^{re} civ., 27 janv. 1993, *Bull.*, I, n° 42 ; *JCP* 1993, I, 3727, n° 4, obs. G. Viney ; *RTD civ.* 1993, p. 584, obs. P. Jourdain ; CA Paris, 25 janv. 1995, *JCP* 1995, I, 3867, n° 1, obs. M. Fabre-Magnan ; 1^{re} civ., 10 oct. 1995, pourvoi n° 93-19142 ; *CCC* 1996, n° 1, note L. Leveneur ; 17 déc. 1996, *Bull.*, I, n° 463 ; *CCC* 1997, n° 78, note L. Leveneur ; 16 juill. 1997, *Bull.*, I, n° 243 ; *RTD civ.* 1997, p. 944, obs. P. Jourdain ; D. 1998, p. 566, note F. Arhab ; 13 janv. 1998, *Bull.*, I, n° 15 ; 2^e civ., 10 mars 2004, *Bull.*, II, n° 105. Pour la critique de ce contractualisme jurisprudentiel, v. not. J. HONORAT, « Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel », *RTD civ.* 1969, pp. 653-691, spéc. n° 31 et s., p. 685 et s. ; R. BOUT, « La convention dite d'assistance », in *Études offertes à Pierre Kayser*, PUAM, 1979, t. I, pp. 157-211, spéc. nos 20 à 35, pp. 177-191 ; S. HOCQUET-BERG, « Remarques sur la prétendue convention d'assistance », *Gaz. Pal.* 1996, doct., pp. 32-40 ; B. FAGES, *Le comportement du contractant*, th. Aix-Marseille III, 1996, PUAM, 1997, n° 463, p. 248. Adde A. MONTAS, *Le quasi-contrat d'assistance*, th. Nantes, 2005, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 482, 2007, pp. 191-205, qui préfère cependant y voir un quasi-contrat *ad hoc* plutôt qu'une gestion d'affaire. V. égal. *supra*, n° 179, spéc. note 488. Cette tendance est d'autant plus critiquable en effet qu'elle est inutile, incohérente et inconséquente. Inconséquente, d'abord, parce qu'elle s'expose, en cas notamment d'incapacité, aux risques d'annulation du contrat, auxquels échappe la qualification quasi-contractuelle. Incohérente, ensuite, parce qu'elle contredit directement le refus de la Cour de cassation de contractualiser les conventions de transport bénévole (v. note préc.). Inutile, enfin, car toute gestion d'affaire produit sensiblement les mêmes effets que sa source soit contractuelle ou quasi-contractuelle, pour autant au moins que l'intervention fût volontaire : une fois la gestion entamée, le gérant est tenu des mêmes obligations, susceptibles aussi bien d'exécution forcée que d'engager sa responsabilité pour un quantum équivalent (si l'article 1150 du Code civil borne au seul préjudice prévisible la responsabilité contractuelle, l'article 1374, alinéa 2, autorise de son côté le juge à réduire en fonction des circonstances l'obligation de réparation du gérant quasi-contractuel), et bénéficie d'un droit à indemnisation pareillement limité aux dépenses qui apparaissent utiles ainsi qu'au préjudice résiduel qu'il aura souffert à la place du maître de l'affaire. La ratification ultérieure exprimée par ce dernier ne forme donc pas plus un contrat, en l'absence de toute intention initialement exprimée en ce sens par le gérant : si celui-ci a bien voulu gérer l'affaire d'autrui (C. civ., art. 1372), il ne résulte pas de son intervention qu'il ait également entendu contractualiser la relation ainsi instaurée. Du reste, la terminologie employée est elle-même suspecte : si vraiment l'assistance bénévole ne devait plus se comprendre que comme emportant des obligations juridiques, pourquoi la Cour de cassation n'a-t-elle jamais qualifié cette convention pour ce qu'elle est à ses yeux, c'est-à-dire un *contrat d'assistance* ? L'entraide agricole, quant à elle, est bien qualifiée de « *contrat à titre gratuit* » (C. rur., art. L. 325-1, al. 3, issu de L. 62-933 du 8 août 1962), mais au moins le législateur a-t-il opportunément vidé cet engagement prétendument contractuel du principal effet que lui conférerait la jurisprudence (v. not. Civ., 1^{re} sect., 27 mai 1959, préc.) en disposant que l'assistant, désigné « *prestataire* », demeure responsable des accidents qu'il subit ou qu'il cause à l'occasion de son concours (art. L. 325-3, al. 2).

(60) Rapp. G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol*, LGDJ, t. II, 1957, n° 61, pp. 27-28, spéc. p. 27 : « Notre droit n'admet pas qu'il y ait donation de services. Il faut en déduire que la prestation gratuite de services ne résulte pas d'une véritable convention », c'est-à-dire d'un contrat.

(61) De telle sorte que rien n'impose que le prêt ou le dépôt d'un outil – même de valeur – entre voisins reçoive la qualification de contrat : le prêteur ou le déposant disposera bien d'une action en restitution, ou en réparation en cas de dégradation de son bien, mais cette action n'aura rien de contractuelle, se fondant exclusivement sur la propriété du revendeur, et sur la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle du détenteur. L'emprunteur n'aura donc aucun droit à conserver le bien pour le temps de son usage, et le propriétaire pourra en exiger la restitution à tout moment sans avoir à justifier d'un besoin imprévu : le commodat s'en trouvera disqualifié en simple précaire (v. J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd., LGDJ, 1996, n° 22125, p. 934). C'est par une telle disqualification que l'occupation à titre gratuit et temporaire d'un logement d'habitation ou d'un local commercial peut échapper à l'application des dispositions d'ordre public de la loi du 6 juillet 1989 ou du Code de commerce. Et pour des dépôts de pure

à cette attraction du non-droit, la justice conditionnant toujours son intervention au constat d'une volonté spécialement déclarée des auteurs⁽⁶²⁾.

Toutes les autres conventions mobilisent naturellement, en revanche, la sanction juridique et supposent à l'inverse, pour y échapper, quelque intention particulière des intéressés. L'obligation d'exécuter une prestation rendue à titre onéreux fera ainsi l'objet d'un contrôle juridictionnel, sauf volonté contrairement manifestée des parties. Il est généralement admis à ce titre qu'une telle intention peut se déduire d'un engagement donné « *sur l'honneur* », considérant, pour prêter effet utile à la mention, qu'il n'y aurait d'honorable que d'exécuter son obligation sans la menace de la contrainte juridique⁽⁶³⁾.

complaisance, v. 1^{re} civ., 29 mars 1978, *Bull.*, I, n° 126 ; Com., 25 sept. 1984, *Bull.*, IV, n° 242. Quant à l'hypothèse de l'accord emportant deux prestations réciproques (*facio ut facias*), le principe de sa non-qualification juridique est plus certain encore, considérant que le Code civil ne l'envisage nulle part.

(62) Ce qui justifie d'autant la forme notariée pour condition de validité de la donation : en passant devant le notaire, il est ainsi assuré que le donateur a effectivement voulu s'obliger en droit. De même, le caractère indirect ou déguisé de la libéralité permet de supposer que son auteur en a bien considéré l'effet juridiquement obligatoire, cherchant à en contourner la qualification, en sorte qu'il devient alors possible de lui prêter cet effet. Et l'observation vaut plus évidemment encore pour la donation manuelle, qui réalise le transfert en même temps qu'elle se forme. Mais parce qu'il s'agit aussi de protéger l'une et l'autre parties, il ne suffit pas de voir dans ces conditions de simples éléments présomptifs de leur volonté, et donc d'existence du contrat, sous peine d'obliger le donateur à transmettre et le donataire à recevoir dès la preuve faite de leur intention juridique véritable. Ce en quoi il y a proprement là des conditions de validité et non pas seulement d'existence de l'engagement contractuel. Pour la reconnaissance d'une obligation morale au cas de méconnaissance volontaire des conditions de validité d'un engagement juridique, v. W. WENGLER, « Les conventions « non juridiques » (*nichtrechtliche Verträge*) comme nouvelle voie à côté des conventions en droit (*Rechtsverträge*) », in *Nouveaux itinéraires en droit – Hommage à François Rigaux*, Bruylant, 1993, pp. 637-656, spéc. p. 653, note 25.

(63) V. par ex. D. AMMAR, *Essai sur l'engagement d'honneur*, th. Paris I, 1990, pp. 375 et 488. Au contraire, certains auteurs estiment que l'honneur renforcerait la sanction juridique plus qu'elle ne l'évincerait : R. BARREAU, *Les obligations de conscience en droit civil*, th. Caen, 1915, p. 202 ; B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, th. Paris II, 1991, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 234, 1995, pp. 533-547.

Plus rarement, c'est aussi la *lettre d'intention* qui peut ne pas obliger son auteur en droit si telle n'a pas été, précisément, son intention. La solution paraît devoir s'appliquer plus spécialement à la *lettre de confort*, ou de *patronage* alors, par laquelle l'auteur promet, généralement à un tiers créancier, d'apporter son soutien à l'exécution de l'obligation d'un partenaire ou d'une filiale (comp. C. civ., art. 2322, qui ne définit qu'ainsi la lettre d'intention). V. par ex. CA Bordeaux, 16 oct. 1985, *D.* 1989, p. 436, 2^e esp. ; CA Paris, 6 déc. 1994, *JCP* 1995, I, 3889, n° 11, obs. Ph. Simler. Mais même maintenus hors du droit, il y a toujours un peu plus – ou autre chose – que du déshonneur à ne pas respecter ces engagements : la rétorsion commerciale rappelle alors à leur débiteur que les obligations peuvent aussi exister en l'absence de toute sanction juridique. V. sur ce point M. COIPEL, « L'aspect moral des lettres de patronage », in *Les lettres de patronage*, Trav. Fac. dr. Namur, FEDUCI, 1984, pp. 23-38, spéc. n° 45, p. 30 ; I. NAJJAR, « L'autonomie de la lettre de confort », *D.* 1989, chr., p. 217, qui conclut : « La lettre de confort traduit donc l'existence d'un engagement. »

Lex mercatoria, *lex britannica*, la pratique s'inspire en la matière du droit anglo-saxon. Déniant ainsi toute force obligatoire aux *gentlemen's agreements* : *Appleson vs. Littlewood Ltd.*, 1939. Et à une *letter of intent* : *Snelling vs. John G. Snelling Ltd.*, 1973. D'autres mentions, plus explicites, existent toutefois à l'étranger pour évincer la sanction juridique : le droit allemand emploie les termes *ohne obligatio*, *unverbindlich* ou *freibleibend*, tandis que les rédacteurs anglais utilisent à même fin les expressions *This is not a legally enforceable agreement* ou *Binding in honor only*, devenues si usuelles qu'elles en sont même désignées par les seuls sigles *TINALEA* et *BIHO*. Cette faculté de faire échapper une convention ordinairement obligatoire à l'emprise du droit est également prévue par le paragraphe 21 du *Restatement Second on contracts*. En France pourtant, la jurisprudence, édifiée par le commandement de l'article 4 du Code civil, éprouve toujours autant de difficulté à lutter contre ses tendances panjuridiques. Sur ce constat, v. not. B. OPPETIT, « L'engagement d'honneur », *D.* 1979, chr., pp. 107-116, spéc. n° 13, p. 112, et n° 17 et s., p. 114 et s. V. encore en ce sens Com., 23 janv. 2007, *Bull.*, IV, n° 12 ; *D.* 2007, AJ, p. 442, obs. X. Delpech ; *RTD civ.* 2007, p. 340, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2007, p. 697, obs. crit. Y.-M. Laithier, rejetant le pourvoi qui reprochait à la cour d'appel d'avoir forcé à l'exécution d'un accord alors que celui-ci stipulait expressément qu'il ne constituait qu'« *un engagement exclusivement moral* ».

En l'absence même de toute déclaration des parties, leur volonté pourrait encore se déduire des seules circonstances si des éléments étrangers à l'objet de l'accord permettaient de la présumer. Une convention objectivement juridique par nature est ainsi susceptible de tourner d'emblée vers le non-droit lorsqu'elle se forme entre proches parents, ou proches amis, pour ce qu'il devient alors possible d'estimer, selon la valeur de la prestation, que ceux-ci n'ont probablement pas voulu déférer leur convention à la sanction d'un juge étatique⁽⁶⁴⁾. De même, le non-respect des conditions de preuve des actes juridiques peut laisser penser que les parties n'ont peut-être pas voulu s'engager en droit, et révéler ainsi l'existence d'un engagement purement moral.

Par où l'on observe que, pour autant que son objet ne soit pas d'ordre statutaire⁽⁶⁵⁾, aucune convention n'est juridique par essence : les prestations qu'elle prévoit pourront bien l'être, mais cela n'impliquera pas nécessairement de contraindre en droit à leur exécution, les parties pouvant préférer ne s'y obliger qu'en conscience⁽⁶⁶⁾. Même une fois le paiement

(64) La présomption de non-juridicité des relations entretenues entre parents paraît universellement admise. V. par ex. pour le droit anglais : *Balfour vs. Balfour*, 1919 ; *Ellis vs. Chief Adjudication Officer*, 1998. POTHIER, *op. cit.* (*supra*, note 33), n° 3, pp. 4-5, l'a illustrée par un exemple devenu classique : « Il y a d'autres promesses que nous faisons de bonne foi, et avec la volonté actuelle des les accomplir, mais sans une intention d'accorder à celui à qui nous les faisons le droit d'en exiger l'accomplissement ; ce qui arrive lorsque celui qui promet, déclare en même temps qu'il n'entend pas néanmoins s'engager ; ou bien lorsque cela résulte des circonstances, ou des qualités de celui qui promet, et de celui à qui la promesse est faite. — Par exemple, lorsqu'un père promet à son fils, qui étudie en droit, de lui donner de quoi faire, pendant les vacances, un voyage de récréation, en cas qu'il emploie bien son temps, il est évident que le père, en faisant cette promesse, n'entend pas contracter envers son fils un engagement proprement dit. » Et pour l'application de cette présomption aux relations d'amitié, v. J. CARBONNIER, « L'hypothèse du non-droit », *Arch. phil. dr.* 1963, pp. 55-74, et *Flexible droit, op. cit.* (*supra*, note 13), pp. 25-47, spéc. p. 36 : « L'amitié, en effet, implique une volonté de se tenir en dehors du droit. » ; et J. BEDOURA, *L'amitié et le droit*, th. Tours, 1976, nos 93 à 96, pp. 115-120.

(65) Le mariage, et désormais le pacte civil de solidarité, sont bien pour leur part des actes juridiques par essence, puisqu'ils ont précisément pour objet de formaliser l'union d'un couple devant la société et de constituer à cette fin des obligations mutuelles que celle-ci se porte fort de sanctionner.

(66) Ainsi n'est-il pas possible d'offrir un présent, même d'usage, sans convoquer la règle de droit prompte à sanctionner le transfert de propriété. Mais cela ne fait de ce don un contrat que si les intéressés ont entendu se soumettre ce faisant au Titre II du Livre troisième du Code civil (et que la modicité du bien selon l'auteur ne correspond pas en outre à une valeur insignifiante selon le droit : v. *supra*, *eod. num.*, spéc. note 55). Ce qui explique que don d'usage et aumône fassent exception aux règles de droit applicables aux libéralités, notamment en ce que le donateur s'affranchit alors des incapacités spéciales de disposer à titre gratuit (Paris, 16 déc. 1864, *DP* 1866, II, p. 191), s'empêche de réclamer le retour de son bien en cas d'ingratitude (Req., 10 déc. 1906, *DP* 1909, I, p. 574), et prive encore sa succession du droit d'en exiger le rapport (C. civ., art. 852) ou la réduction pour atteinte à la réserve (CA Poitiers, 23 mars 1943, *S.* 1944, II, p. 45, note F. Hubert ; et déjà Req., 29 juill. 1861, *DP* 1862, I, p. 288, pour des « œuvres de charité »). Et l'on pourrait aussi bien interroger la juridicité de tous ces actes de la vie courante que le Code civil fait encore échapper à l'incapacité du mineur (art. 389-3, al. 1^{er}) ou à celle du majeur sous tutelle (art. 473, al. 1^{er}). Rapp. J. MASSIP, *Les incapacités*, Defrénois, 2000, n° 590, p. 486, qui estime que « nous sommes ici à la lisière du droit. » L'observation n'est peut-être pas étrangère à ce sentiment commun qui retarde la force obligatoire des ventes de petit commerce au paiement de leur prix, comme si l'article 1583 du Code civil ne trouvait pas à s'appliquer à ces modestes échanges. V. not. en ce sens J. CARBONNIER, « Sociologie de la vente », in *Trav. et conf. ULB*, t. VIII, Larquier, 1960, et *Flexible droit*, 8^e éd, LGDJ, 1995, pp. 317-329, spéc. p. 329 : « Ces ventes n'occupent aucune épaisseur de durée. Elles sont conclues en un instant par traditio de la chose et paiement effectif du prix, et sont d'ailleurs impensables sans ces deux éléments matériels (en dépit des assertions trop idéalistes de l'article 1583). Elles ne laissent derrière elles aucun sillage d'obligation [...] Ces ventes qui déplacent les possessions sans créer d'obligations pourraient être dites ventes manuelles. [...] Ces innombrables ventes manuelles, le droit les saisit en masse », alors que « envisagées par rapport à l'individu, elles échappent au droit, elles vont se perdre dans la nuit bienfaisante du non-droit. » Adde son introduction donnée à *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier, Poitiers, 24 et 25 oct. 1985, PUF, 1986, pp. 29-39, spéc. p. 38. Et plus généralement, « De peu, de tout et de rien », in *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, pp. 47-54, et *Flexible droit*, 10^e éd., LGDJ, (suite p. suiv.)

effectué, la qualification contractuelle ne s'imposera que dans la mesure où l'on découvrira dans cette exécution volontaire l'intention des parties de s'engager juridiquement pour les obligations ultérieures qui en naîtront⁽⁶⁷⁾. Il en découle qu'un effet juridique ordinairement contractuel peut fort bien trouver sa source dans la seule morale sans avoir jamais obligé en droit, ni avant sa réalisation, ni après celle-ci. « *Il est ainsi une foule de relations, de conventions officieuses qui demeurent dans la nuit paisible du non-droit, parce que ceux qui les ont nouées n'ont pas eu la volonté de les porter au grand jour du droit.* »⁽⁶⁸⁾

270. L'obligation anéantie par le droit – Le devoir moral peut également trouver sa source dans un engagement qui avait vocation à valoir en droit et cependant rejeté par celui-ci. Peu importe alors que l'obligation eût un temps produit un effet juridique avant de s'éteindre ou qu'elle ne valût même jamais⁽⁶⁹⁾, autant qu'il est indifférent que son extinction résultât de l'ordre de la loi ou de la volonté des parties⁽⁷⁰⁾ : dès lors que, ne consistant pas en un paiement, elle laisse le créancier insatisfait, cette disparition de la portée juridique de l'obligation est susceptible de la découvrir dans sa teneur purement morale, soit que celle-ci accompagnait déjà la première, soit qu'elle ne parut qu'à cet instant.

En fonction des causes d'extinction, il sera alors possible de présumer ou non cette survie d'un devoir selon la morale sociale, et, par voie de conséquence, selon la conscience

2001, pp. 84-93, spéc. p. 88 : « *La modicité de l'objet engendre une indifférence des parties au droit, et cette indifférence frappe en retour l'objet d'insignifiance juridique [...] le peu est refoulé au néant : modicum et nullum aequiparantur.* »

(67) La figure du troc illustre assez bien l'hypothèse : là où le droit est naturellement appelé à sanctionner l'échange, avant comme après son exécution (C. civ., art. 1702 et s.), les parties n'auront ici fait que convenir d'un marché purement moral, renonçant non seulement à en exiger l'exécution, mais encore à en demander la résolution judiciaire pour défaut de conformité ou vice caché. Si elles n'ont pas voulu renoncer à ces recours, alors c'est que le contrat se sera formé avec l'exécution de l'échange. De toute façon, même à défaut de contrat, l'échangiste mari qui n'aura pas accepté ce risque disposera toujours de la faculté d'agir en répétition de l'indu ou, subsidiairement, de l'enrichissement sans cause.

(68) J. CARBONNIER, « L'hypothèse du non-droit », *loc. cit.* (*supra*, note 64).

(69) L'anéantissement juridique de l'obligation peut opérer dès sa formation pour nullité absolue ; après formation mais rétroactivement pour nullité relative, et dans les mêmes conditions en cas d'arrivée du terme extinctif, de résolution, de caducité ou de déchéance d'une obligation à exécution instantanée ; ou encore même sans effet rétroactif si ces dernières causes interviennent sur une obligation à exécution successive ayant déjà fait l'objet d'un commencement d'exécution. Jugé par exemple qu'un engagement nul de plein droit peut encore valoir comme obligation naturelle : 1^{re} civ., 22 juin 2004, *Bull.*, I, n° 180 ; D. 2004, p. 2953, note M. Nicod ; *RTD civ.* 2005, p. 397, obs. J. Mestre et B. Fages.

En toute hypothèse cependant, on devrait se garder de parler ici d'obligations civiles « dégénérées » pour les unes, ou « avortées » pour les autres. La qualification d'obligation civile dégénérée paraît mieux s'appliquer en effet à l'obligation juridique partiellement détruite qu'est l'obligation imparfaite (v. *supra*, n° 267) qu'à l'obligation juridique totalement anéantie et devenue pur devoir de conscience. Quant à l'obligation civile avortée, on y verrait mieux des obligations jamais nées au droit, donc restées strictement inexistantes, ou tout du moins jamais nées viables, ce qui ne viserait donc tout au plus que les seules obligations atteintes de nullité absolue.

(70) Les parties peuvent parfaitement décider de renoncer à exécuter leurs obligations contractuelles sans que cette renonciation volontaire ne fasse obstacle à la persistance d'une obligation morale de réaliser le paiement. Il en va notamment ainsi de toutes remises de dette accordées à l'occasion d'un plan de sauvegarde d'une entreprise en difficulté : de retour à meilleure fortune, le failli pourra bien rembourser son ancien créancier de la remise que celui-ci lui aura concédée, en exécution alors d'un devoir purement moral. V. en ce sens, sous l'empire du règlement concordataire : Civ., 29 janv. 1900, *DP* 1900, I, p. 200, et 30 déc. 1908, *DP* 1909, I, p. 208. Et la même solution paraît valoir au cas d'effacement partiel des dettes du particulier soumis à une procédure de surendettement (C. consom., art. L. 331-7-1).

même du débiteur⁽⁷¹⁾. Si, en particulier, le droit invalide le contrat pour méconnaissance d'une condition de forme ayant échappé à l'attention des parties, il semble assez naturel d'admettre que la morale puisse suppléer l'indifférence ainsi opposée par l'ordre juridique⁽⁷²⁾. De même, l'impossibilité dans laquelle le créancier se trouverait d'établir l'existence du contrat devant le juge devrait laisser, au fond de la conscience du débiteur, l'obligation morale de s'exécuter en dépit de l'autorité de la chose jugée en droit. Mais si, en revanche, l'anéantissement trouve sa cause dans l'illicéité de l'engagement, il devient douteux que la morale puisse encore imposer l'exécution d'une obligation que le droit, loin d'ignorer, a au contraire spécifiquement condamnée⁽⁷³⁾. Et la même conclusion s'impose plus évidemment encore lorsque l'obligation aura été directement censurée pour contravention aux prescriptions de la morale⁽⁷⁴⁾. Raison pour laquelle les dettes de jeu de hasard ou de pari⁽⁷⁵⁾ ne constituent pas des obligations morales, et ne répondent donc pas à la qualification d'obligation naturelle⁽⁷⁶⁾.

(71) Sur ce rapport présomptif tendu entre la morale sociale et la conscience du débiteur, v. déjà *supra*, n° 268, *in fine*.

(72) L'explication permet de justifier la solution posée à l'article 1340 du Code civil d'après lequel les héritiers exécutent valablement une donation nulle en la forme du vivant du donateur : si l'engagement du défunt n'a jamais produit d'effets en droit, il reste que le respect de sa volonté est toujours susceptible d'obliger ses successeurs en conscience. Cette obligation morale des héritiers apparaît même assez prégnante pour que la jurisprudence la qualifie d'obligation naturelle afin d'en valider le paiement ou la simple réitération en franchise des conditions de validité propres aux donations (v. *supra*, n° 268, *in fine*). V. ainsi Req., 20 nov. 1876, *S.* 1877, I, 69 ; CA Toulouse, 5 avril 1892, *DP* 1892, II, p. 568 ; Civ., 1^{re} sect., 27 déc. 1963, *Bull.*, I, n° 573. Pour la démonstration, v. not. J. BONNECASE, *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie*, t. III, Sirey, 1926, n° 85, pp. 162-165 ; M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, th. Toulouse, 1973, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 137, 1975, pp. 392-398. Rapp. à propos de l'exécution d'une obligation annulée pour incapacité de son débiteur après cessation de cette dernière : Civ., 9 mars 1896, *DP* 1896, I, p. 391 ; *S.* 1897, I, p. 225, note A. Esmein.

(73) V. not. Civ., 2^e sect., 8 mars 1963, *Bull.*, II, n° 238 ; *JCP* 1963, II, 13195, qui pose pour droit « *qu'il n'y a pas d'obligation naturelle à exécuter une promesse dont la cause est illicite* ». Et déjà G. RIPERT, *op. cit.* (*supra*, note 18), n° 189, p. 370 : « *Il y a une contradiction foncière dans la pensée à supposer que d'un contrat illicite puisse tout de même naître une obligation naturelle.* »

(74) On peut toujours affirmer, comme le faisait René SAVATIER dans sa thèse de doctorat, que « *presque toute convention librement consentie, fût-elle illicite, voire immorale, fait naître, dans certaines conditions, un devoir de conscience de l'exécuter* », cela ne fait pas de ce devoir de conscience une obligation naturelle telle qu'à présent définie, faute pour la morale collective de s'associer à cette morale individuelle. Pour avancer le contraire, SAVATIER avait dû confondre l'une à l'autre, ne voyant dans l'obligation naturelle rien d'autre qu'une obligation de conscience (*Des effets et de la sanction du devoir moral en droit positif français et devant la jurisprudence*, th. Poitiers, 1916).

(75) C'est-à-dire plus précisément toute obligation constituée par la perte ou le gain consécutif à la mise, non réglementée, d'un bien ou d'une somme d'argent sur un jeu où le hasard occupe, pour l'une au moins des parties, une part supérieure à l'adresse dans la détermination de son résultat. Ce qui vise notamment, mais pas seulement, les paris placés sur des résultats qui ne dépendent pas de l'habileté des parieurs. À ces dettes s'ajoutent également celles nées de jeux d'adresse lorsqu'elles sont d'un montant jugé excessif (C. civ., art. 1966).

(76) Si ces dettes étaient morales, on ne comprendrait pas que le Code leur refuse toute action alors même que les parties auraient cherché à se lier en droit. Si, du reste, la morale sociale en imposait le paiement, cela justifierait d'en faire des obligations naturelles et d'en forcer dès lors l'exécution à la moindre réitération. Or la reconnaissance civile d'une dette de jeu ne suffit pas à conférer une action au créancier, ce qui démontre assez qu'il n'y a pas là une obligation naturelle ni, par conséquent, une obligation selon la morale objective. Le débiteur peut toujours se sentir personnellement tenu à ce paiement, en sa conscience, mais l'amoralité sociale de la dette de jeu, telle que retenue à ce stade du raisonnement, interdit de le présumer. Si bien qu'il apparaît en définitive que c'est tout au contraire l'immoralité de la dette contractée par le joueur qui explique la solution de l'article 1967 : si le débiteur n'est pas admis à répéter son paiement, c'est parce que sa turpitude

En tous ces cas, que l'engagement ait existé en droit avant de disparaître ou qu'il n'ait même jamais paru à cet endroit, le constat de l'obligation purement morale fera obstacle à la reconnaissance du contrat : on invoquera alors la prescription ajuridique pour cette raison précise que le contrat n'aura jamais existé, ou n'existera déjà plus. Pratiquement, ce rattachement de l'engagement à l'ordre éthique procède ainsi d'un principe d'éviction du juridique, ce que l'examen de sa portée suffit à vérifier.

§ 2 – La portée de l'engagement purement moral

271. La morale au bord du droit – Évoquer, pour le juriste, la portée de l'engagement purement moral pourrait relever du paradoxe, considérant que son seul effet juridique est précisément de n'en produire aucun. Pourtant, il y a bien une portée juridique du non-droit : partout où l'obligation morale évolue aux abords du droit, elle l'interpelle et l'enjoint de fournir une réponse adaptée, de rejet ou d'intégration. On observe ainsi que, si

justifiera assez son appauvrissement (*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*), pour autant que celle de son créancier ne soit pas plus condamnable encore (*In pari causa turpitudinis cessat repetitio*) ; mais la réitération de son engagement lui reste inopposable puisque affectée du même vice d'immoralité que l'obligation ainsi reconnue. L'histoire ne laisse d'ailleurs pas place au doute, les dettes de jeu ayant été condamnées par l'Église dès le Concile de Mayence de 813, et le pouvoir royal ayant repris cette prohibition à son compte à partir de l'ordonnance de saint Louis de 1254 jusqu'à celle de Louis XVI du 1^{er} mars 1781. Les termes de l'ordonnance établie sous l'autorité de Louis XIII en janvier 1629 sont à cet égard sans détour. Commencant par fustiger les joueurs comme « *séducteurs et corrupteurs de la jeunesse, et cause des maux innumérables que l'on voit provenir chaque jour* », son article 138 énonce : « *Déclarons toutes dettes contractées pour le jeu nulles, et toutes obligations, et promesses faites pour le jeu, quoique déguisées, nulles et de nul effet, et déchargées de toutes obligations civiles ou naturelles.* » Dans ces conditions, le seul point restant encore en discussion est de décider si l'immoralité de la dette de jeu est telle qu'elle justifie toujours de la sanctionner juridiquement d'une nullité absolue, ou si le droit ne lui reconnaîtrait plus désormais qu'une immoralité au petit pied en se contentant alors, comme paraît le dire l'article 1965, de refuser l'action tout en maintenant une obligation imparfaite (v. *supra*, n° 268, spéc. note 47). Attendu que les jeux et paris constituent de longue date une activité lucrative de l'État, et considérant le mouvement de libéralisation que cette activité connaît à l'heure actuelle, il n'est pas interdit de penser que cette dernière analyse serait finalement la plus pertinente. Rapp. en ce sens déjà : R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de jeu*, J. Debure, Paris, et V^{ve} Rouzeau-Montaut, Orléans, 1775, n° 50, *in fine*, in *Œuvres de Pothier*, par J. Bugnet, Cosse et Delamotte, Paris, t. V, 1848, p. 384.

Les auteurs sont pourtant nombreux à qualifier la dette de jeu d'obligation naturelle, parmi lesquels Ch. AUBRY et Ch. RAU, *op. cit.* (*supra*, note 42), § 297, p. 6 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XXIV, *Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction*, par G. Baudry-Lacantinerie et A. Wahl, 3^e éd., 1907, n° 85, p. 42 ; R. SAVATIER, *op. cit.* (*supra*, note 74), p. 282 et s. ; ou encore H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.* (*supra*, note 44), n° 363, p. 506. Mais ils ne le sont pas moins à penser le contraire. V. ainsi J.-E.-M. PORTALIS, exposé des motifs, Corps lég., 14 vent. an XII (in P. A. Fenet, *op. cit.* (*supra*, note 42), t. XIV, p. 540, et J.-G. Locré, *op. cit.* (*supra*, *ibid.*), t. XV, p. 173), pour qui les promesses relatives au jeu et au pari « *offrent une cause trop vicieuse pour motiver et légitimer cette action.* » ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.* (*supra*, note 42), n° 989, pp. 325-326 ; G. MARTY, art. préc. (*supra*, note 41), p. 49, puis G. MARTY et M. RAYNAUD, *op. cit.* (*supra*, note 48), p. 442 : « *On ne conçoit pas en principe qu'il puisse y avoir obligation naturelle lorsque l'obligation a été annulée comme contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public. – C'est pour cette raison que, contrairement à ce qui est souvent indiqué, on ne peut voir une application de la théorie de l'obligation naturelle dans les articles 1965 et 1967 du Code civil [...] On peut plus légitimement voir dans ces textes une application de la théorie du refus de l'action en justice et de la règle nemo auditur propriam turpitudinem allegans.* » ; M. GOBERT, *op. cit.* (*supra*, note 48), pp. 79-82 et 180-182 ; F. TERRÉ, *op. cit.* (*supra*, note 23), n° 23, pp. 20-21 ; J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.* (*supra*, note 5), n° 747, pp. 730-731.

le principe demeure celui de l'ignorance de l'obligation morale par le droit (A), il arrive néanmoins que, par exception, l'ordre juridique lui prête parfois sa sanction (B).

A - LE PRINCIPE : L'IGNORANCE DE L'OBLIGATION MORALE PAR LE DROIT

272. La raison du principe – Parce que l'obligation est purement morale, elle n'est pas juridique. Un accord aura bien pu être conclu, mais ne produisant ses effets que hors du droit, il ne constituera pas un contrat, lequel sera, en tant que tel, réputé inexistant⁽⁷⁷⁾. Par conséquent, le juge qui, saisi d'un litige relatif à l'exécution de la convention, constaterait l'absence d'intention contractuelle des parties, serait tenu de décliner sa compétence et de renvoyer les litigants à d'autres voies de règlement⁽⁷⁸⁾. Il n'y a rien d'autre là que l'admission nécessaire de l'idée que le droit n'est pas appelé à régir toutes les conventions, mais seulement celles que les parties ont prévu de lui soumettre dès l'instant de leur accord, avant donc la naissance de leur différend.

273. L'expression du principe – De cette inexistence juridique de l'obligation morale, il résulte en premier lieu que celle-ci ne se compense pas avec une créance valant en droit⁽⁷⁹⁾ : le débiteur d'une obligation juridique ne peut échapper à son paiement en opposant l'existence du devoir moral que son créancier assumerait réciproquement à son endroit⁽⁸⁰⁾. De la même manière, ce débiteur ne saurait se prévaloir de quelque exception d'inexécution pour se soustraire à son obligation d'exécuter sa propre dette si celle-ci est la seule à recevoir la sanction du droit, pas plus qu'il ne lui serait permis d'exciper d'aucun droit de rétention pour forcer à l'exécution de l'obligation purement morale constituée à son profit. Et il est encore admis qu'aucune sûreté personnelle ou réelle ne peut être souscrite en garantie du paiement d'un devoir de conscience⁽⁸¹⁾ : les parties pourront seulement contracter une obligation principale conditionnée à la réalisation d'un événement tenant en l'occurrence dans l'exécution de la prestation attendue du débiteur moral. Plus généralement, toute convention dont l'objet postulerait de prendre pour juridique une obligation n'existant que dans le for de la conscience devrait être sanctionnée de nullité absolue pour objet juridiquement impossible. C'est cette même raison qui justifie que les obligations morales ne puissent faire l'objet d'un transfert juridique, ni entre vifs, ni à cause

(77) Sur l'effet juridique comme élément de définition du contrat, v. *supra*, n° 12. Comp. pour la morale *dans* le contrat plutôt que hors de celui-ci : S. DARMAISIN, *Le contrat moral*, th. Paris II, 1998, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 343, 2000.

(78) Sur l'office du juge relevant l'inexistence du contrat, v. *supra*, n° 13.

(79) Quant à la compensation qui opérerait entre deux obligations morales, à l'admettre, elle ne concerne pas le droit et ne convoque donc aucune des règles inscrites aux articles 1289 et suivants du Code civil.

(80) La solution est à rapprocher de celle qui veut que le paiement d'une obligation naturelle ne puisse intervenir que volontairement : v. *supra*, n° 267, spéc. note 34.

(81) V. en ce sens les auteurs précités à propos de l'obligation naturelle, *supra*, n° 268, note 44.

de mort : les devoirs de conscience ne se cèdent ni ne se subrogent, pas plus qu'ils ne se transmettent par dévolution successorale⁽⁸²⁾.

En certaines circonstances, pourtant, il arrivera que ce principe d'ignorance juridique de l'obligation morale laisse exceptionnellement place à la sanction du droit.

B - L'EXCEPTION : LA SANCTION DE L'OBLIGATION MORALE PAR LE DROIT

274. L'engagement moral illicite – L'engagement moral qui se borne à un engagement pris en sa seule conscience, et ne résulte donc pas d'une prescription objective de la morale sociale, est toujours susceptible de se constituer en contravention de la loi⁽⁸³⁾. Tant qu'il n'est pas exécuté, cette illicéité de l'engagement reste ordinairement sans conséquence juridique ; mais qu'il le soit, et le paiement opéré en contravention de la loi ouvrira droit à restitution pour absence de cause légitime à l'enrichissement ainsi réalisé⁽⁸⁴⁾. Si le droit refuse cette répétition lorsque l'obligation est au surplus immorale, ce n'est pas qu'il s'en désintéresse mais tout au contraire qu'il constate que l'appauvrissement trouve alors une cause suffisante dans la turpitude de celui qui l'aura volontairement subi⁽⁸⁵⁾.

(82) Sur tous ces points s'illustre ainsi la distinction entre obligation morale et obligation imparfaite. V. not. D. et A. DALLOZ, *loc. cit.* (*supra*, note 39), à propos de l'obligation naturelle de droit romain, comprise comme obligation imparfaite : « *L'obligation naturelle pouvait être cautionnée [...] Elle pouvait être garantie par un gage ou une hypothèque [...] Elle pouvait servir de matière à une novation [...] et donner lieu, au moins dans certains cas, à la compensation [...] Enfin, l'obligation naturelle, quoique ne produisant pas d'action, crée en faveur du créancier un droit qui fait partie de ses biens, et qui, en conséquence, peut être transmis [...] Des effets qu'elle produit [...] il résulte que l'obligation naturelle, en droit romain, est une obligation civile imparfaite* ». En même sens, à propos de la compensation, v. M. PLANIOL, *op. cit.* (*supra*, note 36), n° 346, p. 125 : « *Le droit romain donnait parfois une exception au créancier naturel pour lui permettre d'opposer sa créance en compensation. [...] Pareille chose est impossible en droit français.* » V. égal. réf. préc., *supra*, n° 268, note 45.

(83) Au niveau social en revanche, la contradiction des deux ordres juridique et moral relève de l'anomalie : v. *supra*, n° 266, *in fine*.

(84) Ce n'est plus ici pour indifférence du droit à l'obligation que celle-ci n'ouvre aucune action en exécution et donne lieu à répétition de son paiement mais, tout au contraire, parce que le droit la considère et la juge illicite. En cela, l'obligation illicite, qu'elle soit ou non de conscience, est toujours une obligation juridiquement sanctionnée.

(85) V. *supra*, n° 270, spéc. note 76. La tradition, qui borne le domaine de l'adage *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* aux seules obligations immorales, postule qu'une obligation puisse être illicite sans être immorale, alors que l'on a précédemment défendu l'idée que le domaine de l'illicéité recoupait pour l'essentiel celui de l'immoralité (v. *supra*, n° 266, *in fine*). Pour résoudre la contradiction, il faut donc distinguer deux formes d'immoralité : l'une, directe, et seule concernée par l'adage, qui vise l'infraction à une prescription morale réputée connue de tous ; l'autre, indirecte, qui nécessiterait de s'incarner dans une disposition juridique pour être sanctionnée. La première gouverne la bienséance sous la notion de bonnes mœurs, la seconde constitue plutôt une mesure de justice.

Lorsque l'article 16-7 du Code civil dispose que « *Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* », il vise probablement autant les engagements juridiques que ceux passés hors du droit, étant assez évident que l'existence de cette prohibition rendra ces derniers plus nombreux. Certes, ces conventions de pure complaisance étant juridiquement inexistantes, elles ne peuvent pas directement souffrir de la nullité fulminée au texte ; mais celui-ci a encore pour objet d'empêcher alors que l'accord moral des parties ne puisse produire aucun effet juridique dérivé. Rapp. en ce sens déjà : Ass. plén., 31 mai 1991, *Bull.*, AP, n° 4 ; *Rapp.*, p. 247 ; D. 1991, p. 417, rapp. Y. Chartier, et note D. Thouvenin ; *JCP* 1991, II, 21752, communic. J. Bernard, concl. H. Dontenwille, et obs. F. Terré, qui annule l'adoption plénière réalisée en exécution d'une convention de gestation pour autrui.

Les engagements de conscience illicites peuvent d'ailleurs convoquer d'autres sanctions. On sait ainsi que le droit de la concurrence condamne toutes ententes anti-concurrentielles, qu'elles aient eu pour objet de lier les parties en droit ou dans le seul for de leur conscience, en sorte que l'adoption d'un comportement suspect d'intervenir en application d'une entente prohibée pourra être sanctionnée à ce seul titre⁽⁸⁶⁾ de dommages-intérêts⁽⁸⁷⁾ ou d'une amende civile⁽⁸⁸⁾ voire pénale⁽⁸⁹⁾.

Ce qui peut être encore illicite, c'est de s'engager de façon purement morale en vue d'évincer les règles de droit qui régissent impérativement la matière. C'est en ce sens que les rapports non contractuels de travail ou de location se voient appliquer la réglementation d'ordre public que les parties auront ignorée ou plus souvent cherché à contourner⁽⁹⁰⁾. Non pas que l'on qualifie nécessairement la relation de contractuelle, faute de toute volonté des intéressés de s'engager en droit⁽⁹¹⁾, mais le régime légal s'imposera en dépit de l'inexistence de tout contrat, dont la formation ne constitue pas le critère pertinent du rattachement de la situation en cause à la réglementation applicable.

275. L'irréversibilité de l'engagement exécuté – Même lorsque l'obligation de conscience est licite, l'ordre juridique peut encore trouver à la sanctionner, pour peu qu'elle

(86) V. par ex. Comm. CE, déc. 76/634/CEE du 29 nov. 1974, *Entente franco-japonaise concernant les roulements à billes* ; déc. 91/298/CEE du 19 déc. 1990, *Solvay et CFK*, § 11 : « Il n'est pas nécessaire que les parties considèrent l'accord comme juridiquement contraignant ; dès qu'elles sont parfaitement conscientes de l'illégalité de leur accord, elles ne peuvent de toute évidence s'attendre à ce qu'il ait force contractuelle. » Comp. Trib. com. Nîmes, 18 févr. 1992, *JCP E* 1992, I, 145, n° 14, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Bull. Joly* 1992, p. 536, note P. Le Cannu ; *RJC* 1992, n° 205, note A. Couret, qui juge pour sa part que, en droit des sociétés, « un protocole n'ayant que le caractère d'une obligation morale ne constitue pas une action de concert » au sens de l'article L. 233-10 du Code de commerce.

(87) Com., 1^{er} mars 1982, *Bull.*, I, n° 76 ; CA Paris, 28 juin 2002, *RJDA* 2002, n° 1205.

(88) Règl. CE n° 1/2003, art. 23, § 2 ; C. com., art. L. 464-2.

(89) C. com., art. L. 420-6, qui punit d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75 000 euros le fait pour toute personne physique de participer à l'organisation d'une pratique anti-concurrentielle.

(90) Pour la relation de travail, v. déjà *supra*, n° 127, *in limine*, spéc. note 131. V. égal. B. OPPETIT, art. préc. (*supra*, note 63), n° 16, p. 114. Quant aux statuts locatifs, leur éviction n'est admise que par le biais d'une requalification en convention d'occupation précaire, laquelle suppose que les parties aient voulu permettre au propriétaire de mettre fin à l'occupation à tout moment ou à brève échéance, que ce pouvoir trouve sa contrepartie dans la modicité, sinon l'inexistence, de l'indemnité perçue de l'occupant, et que le tout puisse se prévaloir de circonstances particulières propres à justifier cette dérogation au droit. V. par ex. Com., 8 nov. 1954, *Bull.*, III, n° 332 ; Civ., 1^{re} sect., 15 mai 1962, *Bull.*, I, n° 248 ; 3^e civ., 29 juin 1994, pourvoi n° 92-17314 ; *Loy. et copr.* 1994, n° 411 ; CA Paris, 24 sept. 1991, *D.* 1992, SC, p. 369, obs. L. Rozès ; 24 janv. 2008, *Loy. et copr.* 2008, n° 95, note B. Vial-Pedroletti. À défaut, la relation voulue purement morale serait systématiquement requalifiée en contrat de bail, et soumise comme tel aux règles juridiques qui lui sont impérativement applicables.

(91) On le pourrait cependant si l'on estimait que les parties, censées connaître l'existence du régime impératif ordonné par la loi, ont nécessairement accepté, en nouant une relation justiciable de ce régime, de soumettre celle-ci au droit applicable. Dans l'incohérence d'un comportement consistant à faire le contraire de ce que l'on dit, on ferait alors prévaloir le fait sur la prétention : *Protestatio non valet contra actum*. Sur cette prévalence, v. *supra*, n° 143, *in medio*, spéc. note 282. Peut-être est-ce ce qui justifie finalement la solution adoptée par Soc., 3 juin 2009, *Bull.*, V, n° 141, qui retient que « les participants [à une émission de télé-réalité] étaient liés par un contrat de travail à la société de production », au motif que « l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs ». Il reste néanmoins que les parties pourraient toujours établir avoir, même illégitimement, ignoré l'existence de la réglementation d'ordre public, auquel cas leur volonté de demeurer hors du droit apparaîtrait en définitive hors de doute.

ait fait l'objet d'une exécution volontaire de son débiteur. En cette circonstance en effet, le droit entérinera le paiement : loin de se désintéresser de l'opération, il reconnaîtra une juste cause à l'enrichissement ainsi réalisé (C. civ., art. 1371)⁽⁹²⁾. Il n'y a d'ailleurs pas là un effet propre aux seules obligations naturelles : tout devoir de conscience, même étranger à la morale objective, fonde juridiquement le paiement qui en sera effectué⁽⁹³⁾.

L'exécution de l'obligation purement morale ne constitue cependant un paiement qu'au regard de la morale, et non d'après le droit : il ne peut y avoir de paiement au sens des articles 1235 et suivants du Code civil que dans la satisfaction d'une obligation juridique, ce que le devoir de conscience n'est pas. On comprendrait mal en effet comment l'exécution d'une obligation parfaitement inexistante selon le droit pourrait revêtir la même portée juridique que l'exécution d'une prestation à laquelle le droit contraint. Que celui-ci sanctionne l'une et l'autre n'implique pas qu'il les traite également et, ce faisant, qu'il les assimile. Là où l'obligation juridique constitue l'objet du paiement, le devoir de conscience n'est jamais que la cause d'un acte formé à l'instant même de sa réalisation, insusceptible comme tel de toute exécution forcée⁽⁹⁴⁾.

Par cette analyse, on échappe ainsi au vice du raisonnement, pourtant classique, qui consiste à exclure la qualification de libéralité au motif qu'il n'y aurait dans l'exécution d'une obligation naturelle que le paiement d'une dette préexistante⁽⁹⁵⁾. Car de deux choses l'une en effet : soit on prétend ce disant que cette qualification devrait être écartée chaque fois qu'elle résulte de l'exécution d'un devoir de conscience, et l'on voit mal alors à quelle occasion on pourrait encore qualifier un acte de libéral considérant que, à l'examen, tout acte à titre gratuit est susceptible de trouver sa cause dans le sentiment de son auteur d'être lié par sa conscience ; soit on limite ce rétablissement du titre onéreux à l'exécution d'une obligation morale selon la morale objective, et l'on prête à celle-ci une existence juridique qu'elle n'a pas, comme s'il s'agissait de payer une dette contractée en droit. Ce dernier raisonnement supposerait donc, pour valoir, d'analyser l'obligation naturelle comme une

(92) Si le droit se désintéressait de l'opération, il ne poserait aucune condition à la validité de ce paiement, et n'ouvrirait par conséquent aucune action, à quelque fin que ce soit. Or, que le *solvens* établisse ici que son versement n'a pas été volontaire, et il disposera bien d'une action judiciaire en répétition de l'indu.

(93) La solution est partagée par la plupart des systèmes : v. not. *BGB*, § 814 ; *CO suisse*, art. 63 ; *C. civ. italien*, art. 2034. Ainsi jugé qu'un engagement non contraignant pris par le propriétaire de concéder un droit d'habitation à celui qui finance ses travaux d'aménagement suffit à causer le financement ainsi obtenu : 1^{re} civ., 5 nov. 2009, pourvoi n° 08-16497 ; *D.* 2009, AJ, p. 2749, obs. S. Bigot de La Touane.

(94) Si, donc, l'exécution instantanée d'un engagement simultanément formé constitue toujours un paiement, il ne s'agit plus que du paiement de cet acte à titre gratuit, et non de l'obligation morale qui le précède et le justifie. V. not. sur ce point M. GOBERT, *op. cit.* (*supra*, note 48), pp. 99-102 ; J. FLOUR et H. SOULEAU, *Droit civil – Les libéralités*, A. Colin, 1982, n° 47, p. 28 ; J. GHESTIN et G. GOUBEUX, *op. cit.* (*supra*, note 5), n° 756, p. 740.

(95) V. par ex. M. PLANIOL, *op. cit.* (*supra*, note 36), n° 338, p. 122 : « C'est par là que le devoir moral appelé « obligation naturelle » se distingue de tout ce qui est pure libéralité : celui qui l'acquitte se libère d'une dette, il fait un paiement ; celui qui agit par charité ou par affection fait une donation. » ; E.-H. PERREAU, « Les obligations de conscience devant les tribunaux », *RTD civ.* 1913, pp. 503-561, spéc. pp. 544-546. En même sens encore, v. pourtant le Code libanais des obligations et des contrats, art. 4 : « La prestation effectuée sciemment, dans le but d'exécuter une obligation naturelle, ne peut être répétée ; elle ne constitue pas une libéralité, mais elle a la valeur d'un paiement. »

véritable obligation juridique, seulement dépourvue de sanction, et impliquerait de retomber dans la confusion précédemment dénoncée d'une obligation naturelle assimilée à une obligation imparfaite⁽⁹⁶⁾. Soit donc on exécute une obligation juridique, et il ne s'agit déjà plus d'un devoir purement moral, soit on exécute une obligation n'existant que selon la morale, et il y a nécessairement alors un acte à titre gratuit selon le droit. Par quelque côté qu'on l'aborde, l'équation est irréductible⁽⁹⁷⁾.

On comprend d'autant plus mal le biais argumentatif consistant à prétexter de l'existence d'une obligation morale pour nier la qualification d'acte à titre gratuit que l'admission de cette dernière apparaît assez peu problématique. Dès lors en particulier qu'elle est par hypothèse exécutée, la donation est manuelle, et échappe en tant que telle aux conditions de forme posées aux articles 931 et suivants du Code civil. Quant aux autres éléments du régime attaché aux libéralités, c'est sous la qualification de donation rémunératoire que l'exécution d'une obligation de conscience pourra encore y faire exception⁽⁹⁸⁾. La question de la nature juridique de cette exécution rejoint ainsi celle posée par la réitération du devoir de conscience, aussi vrai que l'exécution volontaire d'une obligation morale vaut nécessairement aussi réitération de cet engagement devant le droit.

276. La juridicité de l'engagement réitéré – Plutôt que d'exécuter son engagement, le débiteur d'une obligation morale peut se contenter de le réitérer en l'exprimant à nouveau, ou en se déclarant même pour la première fois, la réitération opérant en ce dernier cas sur un devoir demeuré jusqu'alors dans le secret de sa conscience. De cette déclaration, on déduira, en l'absence de toute précision de son auteur, que celui-ci a entendu porter son obligation jusqu'à la sanction du droit⁽⁹⁹⁾. La présomption ne vaut toutefois que pour les seuls devoirs conformes à la morale sociale, que l'on qualifie d'obligations naturelles⁽¹⁰⁰⁾ : la réitération d'une obligation de conscience étrangère aux prescriptions objectives de la morale collective supposera, pour valoir en droit, une intention spécialement manifestée en ce sens par son débiteur. C'est à cette condition que se constituera alors un engagement par volonté unilatérale⁽¹⁰¹⁾.

(96) V. *supra*, n° 268.

(97) Pour la qualification de libéralité, v. par ex. F. LAURENT, *op. cit.* (*supra*, note 42), n° 15, pp. 26-27 : « Un engagement d'honneur n'est pas une dette ; si donc le prétendu débiteur l'exécute, il ne paye pas une dette, il fait une libéralité » ; J. FLOUR, art. préc. (*supra*, note 41), p. 823 : « sur le plan logique, l'obligation naturelle et la donation, considérée en soi, sont des notions parfaitement conciliables. », puis p. 828 et s. ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les Obligations*, 22^e éd., PUF, 2000, n° 9, p. 33.

(98) V. *infra*, n° 276, spéc. note 112. Ce n'est que faute de répondre à la qualification de donation rémunératoire que l'exécution d'une simple obligation de conscience restera soumise, notamment, aux incapacités spéciales de donner et recevoir à titre gratuit, à l'obligation de rapport à la succession, à la réduction pour atteinte à la réserve héréditaire, ou encore au risque de révocation pour ingratitude.

(99) Si la réitération est partielle, comme ne visant qu'une partie de l'obligation, on ne présumera pas qu'elle vaille pour la totalité, sauf indivisibilité nécessaire de la dette ; le débiteur demeurera donc libre d'en fournir ou non le solde. Ainsi se justifie que le commencement d'exécution d'une obligation naturelle ne contraigne pas à l'exécuter en totalité. Rapp. 1^{re} civ., 23 mai 2006, *Bull.*, I, n° 264.

(100) V. *supra*, n° 268, spéc. note 48.

(101) V. *supra*, n° 268, spéc. note 49.

Pour la même raison que l'exécution d'une obligation de conscience formait un acte juridique à titre gratuit⁽¹⁰²⁾, sa simple réitération répondra à son tour à la qualification de libéralité. L'obligation purement morale étant juridiquement inexistante, sa réitération revient, en droit, à la constituer pour la première fois, en sorte que cette déclaration correspond bien à un acte constitutif, et non simplement reconnaissif⁽¹⁰³⁾, non plus que novatoire⁽¹⁰⁴⁾. Et parce qu'il se réitère seul, sans obligation contrepartie, cet engagement forme assurément un acte unilatéral à titre gratuit⁽¹⁰⁵⁾. Il apparaît ainsi que, là où l'obligation morale exécutée constituait la cause d'un transfert patrimonial (C. civ., art. 1371), l'obligation morale réitérée cause un acte juridique restant à exécuter (art. 1131)⁽¹⁰⁶⁾.

Contrairement au devoir de conscience exécuté, cependant, l'obligation rendue juridique par réitération n'échappera à la forme notariée des donations qu'à la condition de relever de la morale objective et de répondre ainsi à la qualification d'obligation naturelle⁽¹⁰⁷⁾. C'est seulement donc par faveur pour ces devoirs naturels de justice ou d'assistance, et non par le biais théorique d'une disqualification de l'acte à titre gratuit, que l'on validera ces libéralités faites sous seing privé⁽¹⁰⁸⁾. Il n'est pas assuré en revanche que le caractère naturel

(102) V. *supra*, n° 275.

(103) S'il y a bien reconnaissance selon la morale, cette reconnaissance vaut comme un acte constitutif pour le droit. Là encore, la doctrine est pourtant traditionnellement contraire. V. ainsi R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, préc. (*supra*, note 33), n° 464, p. 258, à propos de la reconnaissance de dette : « pour que ce pacte ne renferme pas une donation, et qu'il ait pour objet un paiement, il suffit que la dette qu'on promet de payer par ce pacte soit due, au moins dans le for de la conscience, et qu'il y ait en conséquence un juste sujet d'en faire le paiement » ; Ch. DEMOLOMBE, *op. cit.* (*supra*, note 36), n° 33, p. 25.

(104) Considéré en soi, il y a bien novation de l'obligation purement morale en obligation juridique. Mais cette novation n'est pas celle des articles 1271 et suivants du Code civil : faute de toute existence juridique de l'obligation novée, la novation n'opère pas en droit. En droit, il y a constitution d'une obligation jusqu'alors inexistante. V. en ce sens G. RIPERT, *op. cit.* (*supra*, note 18), n° 191, p. 374 : « ce que l'on appelle novation est alors un engagement nouveau. » ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 8^e éd., t. II, 1935, n° 278, p. 272 ; J. CARBONNIER, *Les Obligations*, préc. (*supra*, note 97), *eod. loc.* ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.* (*supra*, note 44), n° 367, p. 509. La jurisprudence elle-même a du reste fini par dénoncer la qualification de novation : v. not. 1^{re} civ., 10 oct. 1995, préc. (*supra*, note 49).

(105) On trouve néanmoins des décisions pour qualifier la reconnaissance d'une obligation naturelle d'acte à titre onéreux. V. not. à propos de la constitution de dot : Civ., 18 janv. 1887, *S.* 1887, I, p. 97, note J.-E. Labbé.

(106) Sur cette ubiquité de la cause en droit des obligations, v. G. CORNU, in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, p. 76, qui conclut ainsi l'exposé des motifs consacré aux quasi-contracts : « La présence de la cause dans le contrat répond à l'absence de cause dans le quasi-contrat. »

Pour cette fonction causale de l'obligation de conscience dans la donation constituée par réitération, v. Ch. AUBRY et Ch. RAU, *op. cit.* (*supra*, note 42), § 297, 3^o, b, p. 8 : « Une obligation naturelle peut servir de cause à un engagement civilement efficace » ; F. LAURENT, *op. cit.* (*supra*, note 42), n° 8, p. 16 : « Quant au devoir moral, il peut être la cause d'une donation » ; A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.* (*supra*, note 104), n° 278, p. 271 : « cette promesse de payer a sa cause dans l'existence de l'obligation naturelle. » ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *loc. cit.* (*supra*, note 104). Analyse suivie par la Cour de cassation : 1^{re} civ., 4 janv. 2005, préc. (*supra*, note 49).

(107) Ainsi jugé qu'un engagement n'ayant pour cause qu'un sentiment de reconnaissance purement personnel est nul s'il n'a pas été contracté dans les formes prescrites à l'article 931 du Code civil : Req., 7 janv. 1862, *DP* 1862, I, p. 188. Dès lors au contraire que l'engagement constitue une obligation naturelle, il échappe à cette condition de validité : CA Rennes, 7 mars 1904, *S.* 1907, II, p. 241, note J. Hémar ; 1^{re} civ., 19 févr. 2002, pourvoi n° 99-18928.

(108) Dans le flou entretenu sur cette question par la jurisprudence, il est toujours des arrêts pour préférer écarter le régime des libéralités par voie de disqualification, estimant que la satisfaction d'une obligation de conscience s'opposerait à l'existence d'une intention libérale. V. par ex. en ce sens CA Paris, 20 janv. 1998, *Dr. & Patr.*, sept. 1998, p. 82, obs. A. Bénabent. Pour la critique de cette solution, v. not. M. GOBERT, *op. cit.* (*supra*, note 48), pp. 112-115 ; et D. FENOUILLET, *op. cit.* (*supra*, note 42), n° 168, p. 108, note 477 : « La doctrine néo-classique de l'obligation naturelle a contesté cette analyse [selon laquelle l'obligation naturelle

(suite p. suiv.)

de l'obligation de conscience ainsi réitérée suffise à la soustraire à la totalité du régime applicable aux libéralités⁽¹⁰⁹⁾.

Pour s'en assurer, il faudra que la gratification ainsi opérée puisse s'analyser en une donation rémunératoire, ce qui supposera que la réitération soit intervenue sur une obligation naturelle relative à un devoir de justice, et non simplement d'assistance⁽¹¹⁰⁾, consistant en particulier à rétribuer un avantage précédemment reçu du donataire ou, plus généralement, à indemniser ce dernier d'un appauvrissement que le donateur lui aura occasionné ou dont il aura profité. Et ce n'est encore qu'à la condition que cet appauvrissement soit naturellement appréciable en valeur et proportionné à son indemnisation⁽¹¹¹⁾ que la jurisprudence tend, sous cette qualification, à exonérer la donation de la plupart des causes d'invalidation ou de réduction des libéralités⁽¹¹²⁾. Il va alors de soi que l'obligation ainsi satisfaite ne doit exister que selon la morale, et non en droit, faute de quoi celui qui n'aurait fait que se plier à la contrainte juridique n'aurait été mû par aucune intention libérale⁽¹¹³⁾. Mais si, en revanche, le donateur s'est décidé en sa seule conscience, tout au juste contraint par la morale sociale, sans l'être par le droit, alors sa décision résulte

interviendrait en perturbation du régime de la donation]. *L'engagement à exécuter une obligation naturelle constituerait certes un acte à titre gratuit mais non pas une donation [...] – L'analyse ne vaut d'abord que ce que vaut la théorie néo-classique elle-même. L'approuver suppose donc admis le postulat de départ : l'obligation naturelle est une obligation juridique à part entière même si elle n'a qu'une force exécutoire amoindrie. Or pareille théorie n'est pas indiscutable. »*

Échappant aux conditions de validité propres aux donations, il reste que la réitération de l'obligation naturelle demeure soumise aux conditions probatoires posées aux articles 1316 et suivants du Code civil, et à l'article 1326 en particulier. V. ainsi Civ., 25 oct. 1948, *S.* 1949, I, p. 32 ; *JCP* 1948, II, 4634, obs. R. Cavarroc ; Civ., 1^{re} sect., 15 janv. 1957, *Bull.*, I, n° 23 ; 18 nov. 1959, *Bull.*, I, n° 481 ; 2^e civ., 24 juin 1971, *Bull.*, II, n° 234. V. égal. 1^{re} civ., 10 oct. 1995, préc. (*supra*, note 49), qui relève, même si bien légèrement par ailleurs, que le débiteur réitérant civilement son obligation naturelle « *avait tacitement renoncé à l'application de l'art. 1341 c. civ.* »

(109) Certains auteurs font encore échapper ces libéralités aux incapacités spéciales de donner : v. J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.* (*supra*, note 94), n° 48, p. 29. Mais l'exemption ne paraît pas devoir s'étendre au-delà. V. ainsi Civ., 20 juill. 1936, préc. (*supra*, note 52), qui soumet la donation constituée par exécution d'une obligation naturelle à la révocation pour ingratitude de l'article 955 du Code civil ; et CA Paris, 14 févr. 1946, *JCP* 1946, II, 3036, obs. J. R. qui réduit cette même donation pour atteinte à la réserve héréditaire.

(110) Sur cette typologie des obligations naturelles, v. déjà *supra*, n° 268, *in fine*, spéc. note 52.

(111) Sur cette double condition du caractère appréciable en valeur de l'appauvrissement réalisé et de la proportionnalité de l'indemnisation opérée par la donation : Civ., 21 avril 1913, *DP* 1913, I, p. 421 ; CA Angers, 2 avril 1941, *DH* 1941, p. 233 ; CA Paris, 19 nov. 1974, *D.* 1975, p. 614 ; CA Orléans, 19 janv. 1977, *D.* 1977, SC, p. 279 ; *RTD civ.* 1979, p. 805, obs. R. Savatier.

(112) Ce qui vaut en particulier pour la forme notariée prévue à l'article 931 : Civ., 15 janv. 1873, *DP* 1873, I, p. 180 ; 1^{re} civ., 19 févr. 2002, pourvoi n° 99-18928. Ou pour celle visée à l'article 932 : Req., 12 mars 1918, *S.* 1921, I, p. 71. Ou encore à l'égard des incapacités de disposer à titre gratuit : v. not. C. civ., art. 909, al. 3, 1°, à propos de l'interdiction faite aux médecins, auxiliaires médicaux et ministres du culte de recevoir de celui qu'ils ont accompagné dans la dernière maladie. Et la jurisprudence soustrait également la donation rémunératoire à la réduction pour atteinte à la réserve héréditaire : CA Angers, 2 avril 1941, préc. (*supra*, note préc.) ; CA Paris, 19 nov. 1974, préc. (*ibid.*). De même qu'à l'ancienne révocation de plein droit pour survenance d'enfants : Req., 12 janv. 1937, préc. (*supra*, note 52). L'article 960 du Code civil, qui paraît soumettre les donations rémunératoires à cette dernière cause de révocation, ne viserait par là que celles effectuées en contrepartie d'un avantage déjà rétribué : v. J. FLOUR et H. SOULEAU, *op. cit.* (*supra*, note 94), n° 50, p. 29. *Adde* encore 1^{re} civ., 14 juin 1978, *RTD civ.* 1982, p. 130, obs. R. Nerson et J. Rubelin-Devichi, qui écarte la nullité tirée de l'interdiction pour l'époux de disposer d'un bien de la communauté sans l'accord de son conjoint (C. civ., art. 1422).

(113) V. par ex. Trib. civ. Lille, 22 oct. 1953, *RTD civ.* 1954, p. 338, obs. R. Savatier, qui refuse d'exclure la donation litigieuse du calcul de la réserve, s'étant agi pour les parents de rétribuer par là leurs enfants pour les soins reçus d'eux alors que l'obligation alimentaire envers ses ascendants résulte de la loi.

toujours de sa libre volonté, de telle sorte que rien n'autorise plus alors à nier son intention libérale ni, par conséquent, l'existence de la libéralité elle-même, dût-elle échapper par exception au régime juridique des donations. C'est bien en effet par faveur pour une opération consistant, non plus seulement à satisfaire une obligation naturelle quelconque, mais à assurer plus avant la justice commutative en restaurant l'équilibre entre deux patrimoines, que le droit en facilitera ici la réalisation⁽¹¹⁴⁾.

Si bien que, en définitive, la sanction du droit trouvera à s'appliquer plus ou moins selon la nature de l'obligation morale. La réitération d'une simple obligation de conscience, étrangère aux prescriptions de la morale sociale, restera sans portée juridique : ce n'est qu'une fois exécutée que le droit lui reconnaîtra son effet, l'exonérant déjà de la forme authentique eu égard au caractère manuel de la donation ainsi réalisée. À un degré supérieur de moralité, la simple réitération d'une obligation de conscience naturelle, c'est-à-dire conforme à la morale sociale, suffira à lui conférer une force juridiquement contraignante, en l'absence même, là encore, de toute forme notariée. À un dernier niveau enfin, le droit sanctionnera plus fermement encore la réitération de l'obligation naturelle lorsque celle-ci tiendra en un devoir de justice consistant pour le donateur à indemniser le donataire de l'appauvrissement auquel il aura précédemment participé : c'est à la totalité des causes d'invalidation propres aux donations que cette gratification échappera alors.

277. Conclusion – Pour l'essentiel cependant, il reste que, si les domaines du droit et de la morale sont intersécants dans leur plus large part, l'obligation *purement* morale n'a quant à elle rien de juridique, soit qu'elle n'ait jamais cherché à s'inscrire en droit, soit que ce dernier l'ait rejetée hors de son ressort. Il pourra bien ne pas l'ignorer tout à fait, selon qu'il en sanctionnera l'illicéité, l'exécution ou même la simple réitération ; mais cette portée marginale ne suffira pas à en consacrer l'existence juridique : même lorsqu'elle est reconnue en droit pour ce qu'elle est, l'obligation purement morale demeure essentiellement ajuridique.

(114) On peut donc regretter que la jurisprudence, mais également la doctrine, persistent à arguer de l'absence prétendue d'intention libérale du donateur satisfaisant à une telle obligation naturelle pour refuser de reconnaître la nature libérale de la donation rémunératoire, au point d'y voir un acte à titre onéreux, généralement qualifié alors de dation en paiement. V. not. CA Lyon, 18 janv. 1945, *Gaz. Pal.* 1945, I, p.193 ; CA Orléans, 19 janv. 1977, préc. (*supra*, note 111) ; 1^{re} civ., 14 juin 1978, préc. (*supra*, note 112). On éprouve en effet quelque peine à concevoir comment une donation, même rémunératoire, pourrait ne pas constituer une libéralité... V. sur ce point Ch. GOLDIE-GENICON, « Les libéralités rémunératoires », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Dalloz, 2012, pp. 347-380, qui démontre que la rémunération demeure une libéralité véritable tant qu'elle intervient en exécution d'une obligation naturelle plutôt que civile. Ce d'autant plus qu'il n'était pas besoin d'en arriver à cette figure aporétique pour affranchir l'acte disputé des règles applicables aux autres libéralités : il est nombre de donations qui, pour être manuelles, déguisées ou indirectes, y échappent déjà, au moins pour partie ; il était donc, et demeure, parfaitement possible d'inscrire la donation rémunératoire à la liste de ces exceptions, à la suite des autres obligations naturelles juridiquement réitérées (v. *supra*, *ead. num.*, spéc. note 107), quand bien même échapperait-elle pour sa part à la quasi-totalité du régime. Le grief est d'ailleurs plus général, et vaut pour toutes les libéralités étant observé que la Cour de cassation refuse de leur reconnaître cette qualité chaque fois que l'auteur mêle à la gratification réalisée la recherche d'un intérêt personnel : v. *infra*, n° 357, spéc. note 142.

Il y a donc encore loin de cette obligation de conscience au contrat. D'abord parce que, pour autant que l'obligation trouve sa source dans l'accord des parties, celui-ci s'est établi hors du droit : juridiquement inexistant, l'accord ainsi formé ne constitue pas un contrat. Ensuite parce que, passé même la question de sa source, on observe que, le plus souvent au moins, l'obligation morale n'accédera au droit que par la seule volition de son débiteur, de sorte que l'acte juridique ainsi réalisé constituera plus sûrement un engagement par volonté unilatérale qu'un contrat. Pour former ce dernier, il faudrait une réitération susceptible de se comprendre comme une proposition faite au créancier de juridiciser l'obligation par son acceptation. Or les présomptions ne portent pas en ce sens : s'il s'agit d'un devoir de conscience étranger aux prescriptions de la morale sociale, sa simple réitération ne suffira pas à établir l'intention de la rendre juridique ; et s'il est question d'une véritable obligation naturelle, alors cette réitération se traduira d'emblée en un engagement juridique constitué par volonté unilatérale, sans le truchement d'aucune offre de contrat⁽¹¹⁵⁾.

Le constat de cette inexistence juridique de l'obligation purement morale est d'autant plus nécessaire qu'il ordonne la distinction entre obligation naturelle et obligation imparfaite, laquelle, à la différence de la première, existe bien en droit, même imparfaitement, dès lors que dépourvue de toute action⁽¹¹⁶⁾. L'une et l'autre ne répondent par conséquent à aucune qualification commune, et en particulier pas à celle d'engagement purement potestatif. Quoi qu'on ait pu en dire en effet, ni l'obligation morale ni l'obligation imparfaite ne sont, en tant que telles, des obligations conclues sous condition potestative, le pouvoir laissé au débiteur de s'exécuter ne suffisant pas à rendre, dans l'un et l'autre cas, son engagement conditionnel au sens des articles 1168 et suivants du Code civil. Si le paiement de l'obligation imparfaite dépend bien de la volonté de son débiteur, l'existence de l'obligation n'y est quant à elle pas soumise : si condition potestative il y avait donc, elle n'affecterait jamais que le droit d'action et non le droit substantiel. Mais même le droit d'agir échappe à l'analyse conditionnelle : c'est en l'occurrence le paiement, et non l'action en paiement, qui dépend de la volonté du débiteur, le droit d'agir en exécution d'une obligation imparfaite demeurant pour sa part strictement inexistant, et non simplement conditionnel. Soit le débiteur paye, et aucune action n'est requise ; soit il ne paye pas, et aucune action n'existe. Quant à l'obligation morale, les choses paraissent plus évidentes encore : si le débiteur demeure libre de s'exécuter, ce n'est pas que son engagement aurait été juridiquement établi sous la condition de réitérer sa volonté, mais bien plutôt qu'il ne l'avait pas été du tout, la réitération valant constitution primitive de l'engagement juridique et non pas réalisation d'une condition à laquelle celui-ci aurait été subordonné⁽¹¹⁷⁾. Un examen plus attentif de l'engagement purement potestatif laisse d'ailleurs voir que son

(115) V. *supra*, n° 276, *in limine*.

(116) V. *supra*, n° 267.

(117) Conséquence notable : la réitération d'une obligation purement morale ne rétroagit pas au jour de la naissance de l'engagement dans le for de la conscience.

inexistence juridique n'est peut-être pas aussi certaine que l'est celle de l'engagement purement moral.

SECTION II

L'INEXISTENCE JURIDIQUE DE L'ENGAGEMENT PUREMENT POTESTATIF

278. Un voile à lever – Le problème posé par l'engagement purement potestatif est d'abord un problème de définition : il s'agit avant tout de savoir ce que recouvre la notion (§ 1). Une fois celle-ci définie, se déduira alors la sanction à lui appliquer (§ 2).

§ 1 – La notion d'engagement purement potestatif

279. Droit et pouvoir – Si le droit est un pouvoir, qui confère à son titulaire celui d'en forcer le respect en soumettant son débiteur, ce rapport remonte parfois à la formation même du lien juridique, lorsque le pouvoir consiste alors pour l'une ou l'autre partie à tenir l'existence du droit en sa décision. Un droit existe déjà, qui est plus qu'une simple faculté pré-juridique de se constituer créancier ou débiteur, mais sa perfection, dans un cas, ou sa persistance, dans l'autre, demeurent soumises à la volonté de ce titulaire.

Pour parvenir à ce résultat, la théorie affecte le droit d'une condition : le pouvoir de l'intéressé, créancier ou débiteur, réside dans sa faculté de forcer ou d'empêcher la réalisation ou la défaillance d'une condition suspensive ou résolutoire de son droit ou de son obligation. Un engagement est donc potestatif lorsque l'obligation qu'il contient est assujettie à une telle condition potestative. Le *potentior* se trouve ainsi titulaire d'un droit ou d'une obligation sous condition en même temps que du pouvoir d'influer sur celle-ci⁽¹¹⁸⁾.

(118) C'est ce pouvoir immédiat, et non le droit auquel son exercice aboutit, que la doctrine contemporaine désigne sous le terme de « *droit potestatif* ». V. not. S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, th. Aix-Marseille III, PUAM, 1999 ; J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Le contrat au début du XXI^e siècle – Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, pp. 747-768. Au sens le plus strict, le droit potestatif n'est donc pas un droit sous condition potestative : il est cette potestativité même. Il s'applique d'ailleurs autant à la perfection d'un droit conditionnel qu'à celle d'un droit simplement éventuel, et au-delà encore à toute modification volontaire et unilatérale d'une situation juridique. On parlerait dès lors mieux, pour éviter la confusion, de *droit d'option*. Sur quoi, v. I. NAJJAR, *Le droit d'option – Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, th. Paris, 1966, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 85, 1967.

Dans sa forme la plus radicale, l'existence de ce pouvoir vient alors mettre en doute celle de l'obligation : qu'il s'impose au point que l'obligation ne puisse valoir sans son exercice, et l'on pourra légitimement s'interroger sur la réalité, même conditionnelle, de l'engagement ainsi contracté. Ce en quoi la tradition borne la question de l'existence de l'obligation à celle assortie d'une condition *purement* potestative.

Or il apparaît que, bien loin d'apporter la précision qui l'inspirait, la notion de condition purement potestative a plutôt révélé la porosité des concepts dont on a voulu la distinguer et, ce faisant, singulièrement obscurci la matière (A). Répondre dès lors à la question de l'existence de l'obligation contractée sous cette condition nécessitera pour préalable de libérer la notion de cet amalgame conceptuel en en dégageant une définition mieux comprise (B).

A - L'OBSCURCISSEMENT DE LA MATIÈRE

280. Une obligation sous condition plutôt qu'à terme – Selon que la réalisation de l'événement auquel on subordonne l'apparition ou la disparition de l'obligation est certaine ou incertaine, celle-ci sera soumise à un terme, suspensif ou extinctif, ou à une condition, suspensive ou résolutoire. Lorsque cet événement est certain, il l'est tout autant que l'engagement produira son effet juridique, et il n'est donc aucune raison pour que l'arrivée du terme vienne remettre en cause la formation passée du contrat. Son incertitude, en revanche, laisse ouverte la possibilité que l'accord ne produise jamais aucun effet juridique, en sorte que ce contrat se trouverait alors privé de la portée qui le définit⁽¹¹⁹⁾. Il est dès lors logique d'estimer qu'un contrat dépourvu d'effet n'en soit plus un, et que la condition rétroagisse ainsi jusqu'à la formation même de l'engagement⁽¹²⁰⁾.

À cet endroit, le pouvoir de l'une ou l'autre des parties contractantes de provoquer la réalisation ou la défaillance de l'événement s'immisce déjà dans la qualification retenue selon que son exercice demeure facultatif ou qu'il se trouve au contraire contraint par l'existence d'une obligation. S'il est juridiquement prescrit au contractant de faire usage de son pouvoir en vue de provoquer un événement qui ne dépend que de cet exercice pour se réaliser, il y aura là un terme⁽¹²¹⁾, peu important que ce contractant dispose toujours du

(119) Sur cette définition, v. *supra*, n° 12.

(120) De même que, à l'inverse, on consolidera rétroactivement le contrat qui réunit finalement toutes les conditions de son existence. Sur la rétroactivité de la condition, v. aussi *infra*, n° 333, spéc. note 20.

(121) Pour cette qualification, v. par ex. Civ., 1^{re} sect., 22 juill. 1952, *Bull.*, I, n° 235, qui rejette le pourvoi qui arguait d'une nullité pour potestativité de la condition alors que le concessionnaire était tenu de commencer l'exploitation qui subordonnait le paiement de la redevance due au concédant, son obligation se trouvant ainsi assujettie à un terme incertain et non une condition ; 3^e civ., 4 déc. 1985, *Bull.*, III, n° 162 (*Defrénois* 1986, art. 33801, n° 95, p. 1178, obs. G. Vermelle ; *RTD civ.* 1987, p. 98, obs. J. Mestre), qui déduit du caractère obligatoire des diligences attendues de l'acquéreur que « la convention n'était pas affectée d'une condition purement potestative mais d'un terme à échéance incertaine pouvant être fixé judiciairement ». Rapp. 3^e civ., 30 nov. 1988, *Bull.*, III, n° 173 (*Defrénois* 1989, art. 34570, n° 77, p. 924, obs. G. Vermelle), selon quel arrêt « la subordination du transfert de propriété à l'exécution d'une obligation consécutive à la vente ne peut affecter l'existence de celle-ci ».

(suite p. suiv.)

pouvoir de s'y opposer en fait, et qu'il ne puisse même être soumis à quelque voie d'exécution forcée⁽¹²²⁾. S'il est au contraire laissé au *potentior* la liberté de provoquer ou d'empêcher la réalisation de cet événement, ou que, contraint de prêter ses forces à sa réalisation, cette obligation ne suffise pas à en rendre l'occurrence certaine, on demeurera en présence d'une condition.

Dans le doute, il sera présumé que l'intervention du contractant fut obligatoire, et l'on opéra alors, le cas échéant, pour la qualification de terme. Comme par application d'une directive non écrite d'interprétation qui découlerait de l'article 1157 du Code civil, la jurisprudence tend en effet à considérer que, lorsque la clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui des deux par lequel elle produit le plus d'effet⁽¹²³⁾. C'est cette présomption que la doctrine met en œuvre en différenciant les mentions « *si je veux* » et « *quand je voudrai* » : alors que la première exprime une condition, et la plus potestative d'entre toutes, la seconde pourrait se comprendre comme faisant obligation au

En doctrine, v. I. PÉTEL-TEYSSIÉ, *Les durées d'efficacité du contrat*, th. Montpellier, 1984, n° 433, pp. 465-466 : « Matériellement incertaine mais normativement certaine, cette exécution de l'obligation sera qualifiée de terme » ; O. MILHAC, *La notion de condition dans les contrats à titre onéreux*, th. Paris I, 1996, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 286, 2001, n° 463, p. 175. Pour une étude plus approfondie de la question, v. S. VALORY, *op. cit.* (*supra*, note 118), n°s 491 à 506, pp. 294-302. C'est en ce sens que l'on affirme parfois qu'« un même événement ne peut être mis à la fois sous condition et sous obligation » : J.-J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, th. Lille, 1977, n° 9, p. 22. Rapp. J. GHESTIN, « La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil », in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz/Litec, 1983, pp. 243-258, n° 10, pp. 248-249. Mais encore faut-il que l'obligation de provoquer l'événement soit assez précise pour contraindre véritablement le contractant : v. ainsi 3^e civ., 13 oct. 1993, *Bull.*, III, n° 121 ; *JCP* 1994, II, 22280, note Y. Dagherne-Labbé ; *D.* 1994, SC, p. 231, obs. G. Paisant ; *RTD civ.* 1994, p. 606, obs. J. Mestre ; *Deffrénois* 1994, art. 35845, n° 60, p. 793, obs. Ph. Delebecque.

(122) Entre l'exécution d'une obligation purement personnelle, insusceptible comme telle d'exécution forcée, mais qui sera toujours qualifiée de terme, et la libre réitération d'un consentement destiné à former un nouveau contrat, il est toutefois une hypothèse intermédiaire, dans laquelle le débiteur sera juridiquement tenu d'exprimer ce nouveau consentement : il y a bien alors une obligation, mais parce qu'il s'agit aussi de conclure un nouveau contrat, on ne peut voir dans cette réitération le terme suspensif du contrat précédent. On sera alors en présence d'un accord de principe : v. *infra*, n° 345.

(123) La jurisprudence relative à la condition de réitération de la vente d'immeuble par acte notarié est nettement en ce sens, qui, s'appuyant sur l'article 1583 du Code civil, répute la vente d'ores et déjà formée sous terme suspensif plutôt que retardée à une levée d'option née d'une promesse unilatérale. V. not. Req., 4 mai 1936, *DH* 1936, p. 313 : « L'énonciation dans un acte sous seing privé portant accord sur la chose et sur le prix qu'un acte notarié sera ultérieurement dressé n'a pour effet de subordonner la formation et l'efficacité du contrat à l'accomplissement de cette formalité que s'il résulte clairement, soit des termes de la convention, soit des circonstances que telle a été la volonté des parties ». Et déjà R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, préc. (*supra*, note 33), n° 11, p. 10, qui cite en ce sens une jurisprudence de 1595 rapportée par Mornac. V. encore, plus récemment : 1^{re} civ., 8 avril 1986, *Bull.*, I, n° 80 ; 3^e civ., 14 janv. 1987, deux arrêts, pourvois n°s 85-14769 et 85-16306 ; *D.* 1988, p. 80, note J. Schmidt-Szalewski ; 20 déc. 1994, *Bull.*, III, n° 229 ; *RTD civ.* 1995, p. 341, obs. J.-C. Groslière et C. Saint-Alary Houin ; *D.* 1996, SC, p. 9, obs. O. Tournafond. Rapp. égal. 3^e civ., 27 nov. 1969, *Bull.*, III, n° 772 ; *RTD civ.* 1970, p. 768, obs. Y. Loussouarn, qui valide la promesse d'achat assujettie à la vente de l'appartement occupé par l'acquéreur promettant, constatant que les juges du fond avaient estimé que cette modalité « représente plutôt un événement à venir, mais certain, convenu entre « les contractants », quoique à échéance indéterminée, dont [l'acquéreur] faisait son affaire, qui l'engageait seul et dont il était tenu de rendre compte [au vendeur] dès sa réalisation » ; ou encore 4 déc. 1985, *Bull.*, III, n° 162 ; *Deffrénois* 1986, art. 33795, n° 83, p. 1103, obs. J.-L. Aubert, et art. 33801, n° 95, p. 1178, obs. G. Vermelle ; *RTD civ.* 1987, p. 98, obs. J. Mestre, qui juge que l'accord des parties devait se comprendre comme faisant obligation à l'acquéreur de provoquer l'événement qui en dépendait, de sorte que « la convention n'était pas affectée d'une condition purement potestative mais d'un terme à échéance incertaine pouvant être fixé judiciairement ».

bénéficiaire de vouloir un jour, lui laissant seulement la liberté de choisir son heure⁽¹²⁴⁾. Et c'est sur le même mode que l'on distingue encore l'obligation due « *si je peux* » de celle exigible « *quand je pourrai* » : à nouveau, cette dernière modalité est réputée valoir comme terme suspensif, autorisant le juge à fixer son échéance en conséquence, lors même que les moyens ne seraient pas encore pleinement donnés au débiteur de s'exécuter comme il le souhaiterait (C. civ., art. 1901), tandis que la première constitue une véritable condition, casuelle cette fois⁽¹²⁵⁾. La clause de retour à meilleure fortune répond ainsi à l'une ou l'autre de ces deux qualifications selon que les contractants ont voulu soumettre aux circonstances jusqu'au principe même de l'obligation ou sa seule date d'exigibilité.

281. Une condition potestative plutôt que casuelle – S'il n'est fait aucune obligation au contractant de provoquer la réalisation de l'événement, ou que, tenu d'y participer, son intervention reste néanmoins insuffisante à en garantir l'occurrence, l'engagement ainsi formé l'aura bien été sous condition. Mais il apparaît assez clairement que dans l'un ou l'autre cas la nature de cette condition ne sera pas identique.

Lorsque la condition dépend de circonstances qui échappent à la puissance des parties, on la dit *casuelle*. La lettre de l'article 1169 du Code civil dispose en ce sens que « *La condition casuelle est celle qui dépend du hasard, et qui n'est nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur.* » Répond pleinement à cette définition l'hypothèse dans laquelle le pouvoir du contractant aura été institué en devoir dès lors que sa mise en œuvre abandonnerait encore au hasard le sens de la décision⁽¹²⁶⁾. Lorsque, en revanche, la liberté est laissée au contractant d'user de son pouvoir d'influer sur la réalisation de l'événement, et que son exercice suffit à emporter le choix de l'occurrence, la condition sera dite

(124) Du moins était-ce, contre les Sabinien, l'opinion défendue par les Proculien, qui fixaient alors la limite extrême de ce terme au décès du débiteur (v. PAUL *in Dig.*, XLV, I, 46, §§ 2 et 3). Adoptant cette thèse, v. not. Ch. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 5^e éd., J. Renouard *et al.*, t. VI, n° 498, p. 526 ; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, 4^e éd., C. Thorel et Guilbert, 1844, t. XI, n° 27, pp. 25-27 ; Ch. DEMOLOMBE, *op. cit.* (*supra*, note 36), t. XXV, *Traité des contrats*, t. II, n° 319, pp. 312-313 ; A.-M. DEMANTE et E. COLMET DE SANTERRE, *op. cit.* (*supra*, note 44), n° 94 *bis*, II, p. 147 ; puis A.-R. THÉODORESCO, *La théorie de la condition potestative dans les contrats à titre onéreux*, th. Paris, 1923, pp. 68-71. Et en jurisprudence : Civ., 9 nov. 1846, *DP* 1847, I, p. 34 ; 21 août 1850, *DP* 1859, I, p. 346 ; CA Nancy, 20 nov. 1920, *Gaz. Pal.* 1921, I, p. 414. *Contra cep.* : R.-J. POTHIER, *op. cit.* (*supra*, note 33), n° 47, p. 27.

(125) Sur cette autre distinction, v. encore Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXV, préc. (*supra*, note préc.), n° 320, p. 313 ; et A.-R. THÉODORESCO, *op. cit.* (*supra*, *ibid.*), pp. 65-67.

(126) V. par ex. W. DROSS, « L'introuvable nullité des conditions potestatives », *RTD civ.* 2007, pp. 701-721, n° 29, p. 715 : « *À l'aune de cette obligation, la condition, de potestative qu'elle était, devient valable car casuelle.* » La solution intéresse en particulier les ventes conclues sous condition de contracter un prêt destiné à en assurer le financement (*e.g.* C. consom., art. L. 312-16, pour le crédit immobilier) : l'acquéreur est bien tenu de démarcher les établissements de crédit, mais l'obtention du prêt n'en reste pas moins subordonnée à la volonté de ces derniers, si bien que la réalisation de la condition demeure toujours casuelle de ce point de vue. Mais lorsque l'acquéreur n'est encore que le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente, il ne peut plus être question de l'obliger à rechercher ce financement, puisqu'il ne l'est pas même alors de réaliser la vente : 3^e civ., 11 mars 2009, *Bull.*, III, n° 60 ; D. 2009, AJ, p. 873, obs. Y. Rouquet. Pour d'autres illustrations, v. Com., 16 juin. 1975, *Bull.*, IV, n° 164, et 1^{re} civ., 17 févr. 1976, *Bull.*, I, n° 72, qui écartent la qualification de condition purement potestative lorsque le contractant a l'obligation de tendre à sa réalisation.

potestative⁽¹²⁷⁾. La définition du Code doit à nouveau être donnée, ici à l'article 1170 : « La condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher. »⁽¹²⁸⁾

Depuis ses origines romaines, la théorie distingue selon que la condition potestative se présente *in facto a voluntate pendente*, c'est-à-dire par le support d'un fait quelconque demeurant au pouvoir exclusif du contractant, ou qu'elle se manifeste *in ipsa et mera voluntate*, soit dans la déclaration pure et simple de la volonté, sans le truchement d'un fait qui lui soit extérieur et subordonné. La condition « *si je veux* » constitue l'évident archétype de la condition *in voluntate* (*Wollensbedingung*)⁽¹²⁹⁾, mais il faut également lui associer tous les cas dans lesquels la condition porte sur un fait volontaire si élémentaire que celui-ci n'a plus d'autre objet que d'exprimer la volonté de son auteur⁽¹³⁰⁾. Ainsi des conditions telles que « *si je lève la main* » ou « *si je mets mon chapeau* » se réalisent-elles *in voluntate* dès lors qu'elles reviennent à s'engager « *si je vous fais signe* »⁽¹³¹⁾. Mais l'obligation acceptée sous la condition qu'une main se lève à un colloque, alors que l'on a prévu d'y participer soi-même, en sorte qu'il suffira d'intervenir pour réaliser la condition, est stipulée sous une condition potestative *in facto*⁽¹³²⁾. Du côté de la condition *in voluntate*, on assimilera encore celle

(127) V. par ex. 3^e civ., 7 avril 2004, pourvoi n° 00-22025 : « ayant retenu qu'en l'absence de toute précision, notamment de délai, il dépendait de la seule volonté des [débiteurs] de poursuivre la réalisation [de la condition], la cour d'appel a pu en déduire que la clause litigieuse avait un caractère potestatif ».

(128) L'hypothèse intermédiaire, dans laquelle le *potentior* – mais l'est-il seulement encore ? – demeure juridiquement libre du sens de son intervention sans pouvoir pour autant ravir au hasard le choix de l'occurrence, est l'objet d'une qualification plus disputée : v. *infra*, n°s 282 et 283.

(129) On lit certes parfois que le droit romain n'aurait pas même vu dans la promesse souscrite *si voluero* par le débiteur une véritable condition. Pourtant, c'est bien sous cette qualification que les jurisconsultes en examinent l'espèce pour conclure à l'inefficacité de l'engagement contracté sous une telle modalité : ULPIN, *in Dig.*, XVIII, I, 7 ; PAUL *in Dig.*, XLV, I, 46, § 3 ; Code Justinien, IV, XXXVIII, 13.

(130) Pour cette assimilation, v. par ex. Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXV, préc. (*supra*, note 124), n° 315, p. 310 ; A.-R. THÉODORESCO, *op. cit.* (*supra*, *ibid.*), p. 47.

(131) Pour en aller autrement, il faudrait que les circonstances puissent prêter à ces actes volontaires d'autres fins que d'émettre une volition. Si, par exemple, au moment convenu le *potentior* se trouve à l'extérieur et qu'il se met à pleuvoir, on admettra que la condition potestative consistant à se couvrir de son chapeau se réalisera *in facto a voluntate pendente*, en ce que, susceptible de poursuivre un autre but que de parfaire l'engagement, elle portera sur un fait qui vaudra alors pour soi et non plus comme simple réitération d'une volonté. Sur ce raisonnement, v. *infra*, n° 286, spéc. note 173.

(132) Pour autant qu'il ne soit pas fait interdiction à ce contractant de provoquer la réalisation de la condition, auquel cas celle-ci demeurerait casuelle. Quant à la promesse de rémunérer autrui pour le fait dommageable que l'on déciderait de provoquer, elle constitue typiquement, elle aussi, une hypothèse d'engagement pris sous une condition potestative *in facto a voluntate pendente*. V. en ce sens V. MARCADÉ, *op. cit.* (*supra*, note 149), n° 551, p. 437 : « Ainsi, quand je prends l'engagement de vous payer 2.000 francs si je fais sur mon terrain des plantations ou constructions qui cachent vos vues, ou si je n'abats pas tels arbres qui masquent votre maison, ou si je viens ouvrir dans la même rue un établissement qui fasse concurrence au vôtre, ce sont là, dans le sens de l'art. 1170, des obligations sous condition potestative ; et, par conséquent, ces obligations seraient nulles si ces mots avaient le même sens dans notre article. Or, il n'est douteux pour personne que de semblables obligations ne soient parfaitement valables. Mais à côté des conditions qui sont potestatives en ce sens qu'elles ont pour objet un fait dépendant de la volonté, il en est qui le sont en ce sens qu'elles ont pour objet directement la volonté elle-même : « Je vous payerai 2.000 francs si le juge à propos, si cela me convient. » [...] Il a toujours été entendu que ces dernières, qu'on appelait pour les distinguer conditions purement potestatives, empêchaient l'obligation de se former, parce qu'il est en effet bien évident qu'il n'y a pas de lien dans la promesse qui revient à dire : « Je serai lié si je veux l'être, si voluero. » V. égal. L. LAROMBIÈRE, *op. cit.* (*supra*, note 2), t. II, art. 1176-1177, n° 9, p. 411 : « il y a une grande différence entre cette convention : je vous promets (suite p. suiv.) »

consistant pour le contractant à porter une appréciation strictement personnelle, échappant comme telle à tout contrôle objectif⁽¹³³⁾. S'engager « *si on le juge bon* » ou même « *raisonnable* » ne tend ainsi à rien d'autre qu'à s'engager « *si on l'estime acceptable* », de sorte qu'une telle condition opère bien comme une nouvelle volition⁽¹³⁴⁾. Cette nuance opérée entre deux formes de conditions aussi potestatives l'une que l'autre peut, de prime abord, apparaître bien subtile, sinon assez oiseuse ; on verra pourtant qu'elle ordonne les solutions lorsque l'on s'interrogera sur la nature et sur l'efficacité de l'engagement contracté sous l'une ou l'autre de ces conditions.

À ce stade néanmoins, les choses demeurent encore relativement simples. Soit l'événement auquel on subordonne l'engagement dépend du hasard, soit il dépend de la volonté de l'une des parties contractantes. Dans le premier cas, il s'agira toujours d'une condition casuelle ; dans le second, la modalité répondra à la qualification de condition potestative ou à celle de terme selon qu'il sera laissé au contractant la liberté d'exercer son pouvoir dans le sens de son choix ou qu'il y sera contraint par une obligation juridique. Par définition même, un événement ne peut donc pas dépendre à la fois du hasard et de la volonté⁽¹³⁵⁾ : si la volonté ne suffit pas à provoquer ni à empêcher à elle seule cet événement, alors c'est que celui-ci relève toujours nécessairement du hasard, et la condition demeure alors pleinement casuelle. C'est pour avoir voulu dépasser ce rapport logique que la théorie a laissé s'insinuer en elle le mal sophistique.

282. L'énigme de la condition mixte – Au vrai, le mal est lointain : le droit byzantin opérait déjà une division tripartite de la matière en distinguant la condition mixte des

tant, si vous abattez tel arbre qui me nuit ; et cette autre convention : vous promettez d'abattre tel arbre qui me nuit, et je vous promets tant, si vous l'abattez. Dans le premier cas, l'obligation est purement contractée sous la condition potestative, si vous abattez tel arbre, sans que j'aie aucune action pour vous contraindre à l'accomplir. Dans le second cas, au contraire, il y a entre nous un véritable contrat synallagmatique. Vous vous obligez à abattre tel arbre qui me nuit, et moi je m'oblige à vous donner tant, si vous l'abattez. Ces mots, si vous l'abattez, ne donnent à notre convention aucun caractère conditionnel. »

(133) Si l'appréciation faite par le contractant est susceptible d'un contrôle objectif, alors c'est que la condition ne procède pas de cette seule appréciation mais de l'événement qui la fonde et qui échappe, pour sa part, à la volonté de l'intéressé. Une telle condition en deviendrait donc casuelle, et non plus potestative. V. not. en ce sens 1^{re} civ., 22 nov. 1989, *Bull.*, I, n° 355 ; *RTD civ.* 1991, p. 333, obs. J. Mestre, qui écarte le grief de potestativité au motif que la cour d'appel ayant « *retenu que l'application de la clause contestée dépendait, non de la seule volonté [du contractant], mais de circonstances objectives, susceptibles d'un contrôle judiciaire, elle a par là-même exclu le caractère purement potestatif de la condition invoquée* » ; ou encore Com., 20 mai 1997, *Bull.*, IV, n° 140 ; *JCP* 1998, II, 10125, note J.-F. Kamdem.

(134) Pour cette autre assimilation, v. par ex. Ch. TOULLIER, *op. cit.* (*supra*, note 124), n° 499, p. 527 ; A. DURANTON, *op. cit.* (*supra*, *ibid.*), n° 22, pp. 18-19 ; Ch. AUBRY et Ch. RAU, *op. cit.* (*supra*, note 42), § 302, p. 67 ; Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXV, préc. (*supra*, note 124), n° 317, p. 311 ; A.-R. THÉODORESCO, *op. cit.* (*supra*, *ibid.*), pp. 48-49. Et déjà ULPIN, in *Dig.*, XVIII, 1, 7. *Contra* : R.-J. POTHIER, *op. cit.* (*supra*, note 33), n° 48, dont l'opinion est toutefois restée isolée.

(135) Qu'est-ce que le hasard sinon un principe de réalisation des événements échappant à la prévision ? Or, celui qui veut prévoir, en sorte que son choix ne résulte pas pour lui, et à l'instant de sa décision, du hasard. Si l'événement potestatif reste encore incertain au jour de l'accord, et ne fait donc pas obstacle à la qualification de condition, c'est que l'est encore le sens du choix qu'opérera le *potentior* à l'heure de la décision (v. *infra*, n° 291, in *limine*). Mais ce moment venu, toutes incertitudes dorénavant dépassées, la volonté ne résulte plus du hasard : même lorsqu'elle est prise sans réflexion préalable, la décision nous appartient toujours.

conditions potestative et casuelle⁽¹³⁶⁾. Cette tierce qualification s'appliquait alors à toute condition dépendant à la fois du pouvoir d'une partie contractante et du hasard, c'est-à-dire à celle pour la réalisation de laquelle l'intervention volontaire de ce contractant était nécessaire sans toutefois suffire à en assurer l'occurrence. L'hypothèse de l'événement dépendant à la fois de la volonté du contractant et de celle d'un tiers, aujourd'hui seule consignée à l'article 1171 du Code civil pour toute définition de la condition mixte, n'en constituait donc qu'une simple illustration⁽¹³⁷⁾. Nonobstant la lettre restrictive du Code, cette acception historique de la condition mixte paraît toujours correspondre à l'état du droit positif⁽¹³⁸⁾.

À l'analyse pourtant, il apparaît assez clairement que l'événement dont dépend l'obligation ne peut être potestatif et casuel tout à la fois. Si la condition mixte, telle qu'on la conçoit traditionnellement, articule potestativité et causalité, ce n'est pas qu'elle les mêle ensemble sur un même événement, mais bien différemment qu'elle alterne événement potestatif, dans un sens, et événement casuel, dans l'autre. Poser en effet que l'intervention du contractant est nécessaire à la réalisation d'un événement demeurant casuel pour le surplus, ce n'est pas faire de cet événement un fait à la fois potestatif et casuel, mais en concéder encore la causalité tout en précisant que, dans l'autre sens, le contractant dispose du pouvoir absolu d'en empêcher l'occurrence en s'abstenant d'intervenir⁽¹³⁹⁾. Or, qualifier de mixte une telle condition prête singulièrement à confusion, en ce qu'on laisse entendre ce faisant qu'il s'agirait là d'un troisième type de modalité, qui se situerait entre la condition casuelle et la condition potestative, alors qu'il s'agit bien plutôt de l'ensemble constitué par ces deux conditions. Relevons du reste que, ainsi comprise, la qualification de condition mixte s'appliquerait à la plupart des conditions potestatives, étant observé que celles-ci se

(136) V. par ex. Code Justinien, VI, LI, 1, § 7.

(137) V. not. A.-R. THÉODORESCO, *op. cit.* (*supra*, note 124), p. 31.

(138) V. ainsi 1^{re} civ., 28 mai 1974, *Bull.*, I, n° 157 ; *D.* 1975, p. 144, note A. Ponsard ; *JCP* 1975, II, 17911, note H. Thuillier ; *Defrénois* 1975, art. 30954, n° 18, p. 913, obs. J.-L. Aubert, l'arrêt qualifiant de condition mixte « *un événement qui dépend à la fois de la volonté de l'associé et de circonstances qui lui sont étrangères* » ; Com., 22 nov. 1976, *JCP* 1978, II, 18903, note B. Stemmer ; *Defrénois* 1978, art. 31788, n° 43, p. 1000, obs. J.-L. Aubert. Cette jurisprudence est suivie, sinon précédée, par la plupart des auteurs : A. DURANTON, *op. cit.* (*supra*, note 124), n° 19, pp. 16-17 ; Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXV, préc. (*supra*, *ibid.*), n° 289, p. 286 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil – Les obligations*, 2^e éd., t. II, *Le régime*, collab. Ph. Jestaz, Sirey, 1989, n° 72, p. 65 ; J. GHESTIN, art. préc. (*supra*, note 121), n° 7, p. 247 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, 2009, n° 1223, p. 1207 ; W. DROSS, art. préc. (*supra*, note 126), n° 25, p. 714.

(139) Il est ainsi arrivé à la Cour de cassation de constater et de sanctionner comme telle la potestativité d'une condition mixte, et celle même de l'article 1171 du Code civil. V. ainsi 3^e civ., 8 oct. 1980, *Bull.*, III, n° 154 ; *D.* 1981, SC, p. 441, obs. B. Audit, qui approuve l'arrêt d'appel d'avoir jugé « *qu'il importe peu que cette revente [qui conditionnait le paiement d'une partie du prix] ait exigé aussi le consentement d'un tiers acquéreur, cet élément ne suffisant pas pour écarter le caractère potestatif de l'obligation [de l'acheteur] de payer le solde du prix, ce dernier n'ayant, à aucun moment, pris l'engagement de revendre et restant donc libre de le faire ou non* ». Ce constat n'a pas échappé non plus à certains auteurs. V. not. J. GHESTIN, art. préc. (*supra*, note 121), n° 8, p. 248 ; D. MAZEAUD, obs. sur 3^e civ., 22 nov. 1995, *D.* 1996, SC, p. 330 ; W. DROSS, art. préc. (*supra*, note 126), n° 26, p. 714 : « *La condition mixte est en réalité une condition casuelle quant à sa survenance et potestative quant à sa défaillance.* » Ou inversement, ajoutera-t-on.

trouvent toujours être casuelles à l'endroit de l'événement qui les contrarie⁽¹⁴⁰⁾.

Ce qui trompe, c'est que l'on a pris l'habitude de désigner indistinctement la condition et l'événement qui en constitue le support, alors que toute condition contient en elle *deux* événements, et non un seul qui s'y confondrait, selon qu'elle se réalisera ou qu'elle défaillira. Le problème de la potestativité ne se pose ainsi qu'au regard d'un événement particulier, lequel concerne *soit* le fait opérant réalisation de la condition, *soit* celui provoquant sa défaillance, et non pas les deux en même temps, puisque l'un est nécessairement exclusif de l'autre. Lorsqu'une vente est subordonnée à la condition que l'une des parties se marie, il importera de savoir dans quel sens cette condition est potestative, et dans quel autre elle se trouve être casuelle : constater qu'une telle condition ne répond pas à la même qualification dans l'un ou l'autre de ces deux sens ne change rien au fait que l'événement pris en soi, le seul que la théorie examine en réalité, reste casuel *ou* potestatif, et non pas les deux à la fois, selon que l'on envisage la réalisation de la condition – ici la célébration d'un mariage – ou sa défaillance – le maintien hors de ce lien⁽¹⁴¹⁾.

Cette conception aporétique de la condition mixte n'est peut-être pas étrangère au fond à la lecture restrictive que fit POTHIER des textes romains⁽¹⁴²⁾, et de son adoption consécutive à l'article 1171 du Code civil. En bornant la notion de condition mixte à « *celle qui dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes, et de la volonté d'un tiers* », cette disposition paraissait en effet inviter ses interprètes à observer que l'événement tenant dans l'acceptation d'un tiers relevait d'une causalité diminuée par le pouvoir de persuasion du contractant, susceptible d'emporter à lui seul la décision de l'intéressé, de telle sorte que cette catégorie intermédiaire s'en serait alors, seulement, trouvée rationnellement fondée⁽¹⁴³⁾. Il n'est pas sûr néanmoins que cette explication logique de la condition mixte, même mieux circonscrite, suffise à en justifier pratiquement l'existence, considérant qu'elle adhère encore en tout point au régime de la condition casuelle. Il en résulterait alors simplement que la notion de condition mixte ainsi comprise, et le principe de son assimilation à la condition casuelle, aurait en définitive pour seul objet de poser en principe

(140) Soit une obligation contractée sous la condition de se rendre à tel endroit tel jour : la réalisation en est casuelle, car on peut être empêché de s'y rendre ; la défaillance en est potestative, car l'abstention volontaire suffit à l'empêcher ; la condition serait donc mixte. Soit un engagement pris sous la condition de perdre une course : la réalisation en est potestative, puisque l'on peut toujours s'arranger pour ne pas l'emporter ; sa défaillance est casuelle, pour autant que la victoire ne soit pas acquise d'avance ; et la condition serait donc encore mixte. Etc.

(141) Se marier est un fait casuel, puisque subordonné à un élément échappant au pouvoir de l'intéressé, et tenant en l'occurrence dans la volonté d'un autre ; ne pas se marier est au contraire un fait potestatif, puisque ne dépendant que de sa seule volonté.

(142) R.-J. POTHIER, *op. cit.* (*supra*, note 33), n° 201, p. 94.

(143) Les auteurs sont toutefois restés peu nombreux à s'en tenir à cette interprétation littérale du Code. V. cep. G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, 1^{re} éd., L. Larose & Forcel, t. II, 1883, n° 931, p. 656 : « Notre article ne déclare mixte que la condition qui dépend de la volonté d'une partie et de la volonté d'un tiers. Celle qui dépendrait de la volonté d'une des parties et du hasard devrait être considérée comme potestative. » ; puis G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, dir. G. Baudry-Lacantinerie, 3^e éd., L. Larose et L. Tenin, t. XIII, *Des contrats, ou des obligations conventionnelles en général*, t. II, 1907, n° 785, p. 22.

que la force de conviction du contractant ne fait pas obstacle à la causalité de la condition⁽¹⁴⁴⁾.

283. L'immixtion de la condition simplement potestative – Comme pour mieux la distinguer peut-être de la condition mixte, la doctrine avait depuis longtemps pris l'habitude de qualifier la condition potestative de *purement* potestative⁽¹⁴⁵⁾. Ce n'est que bien plus tard que certains auteurs voulurent faire remarquer, au moyen d'une lecture qui n'avait plus grand-chose d'exégétique, que le Code civil paraissait opérer une distinction entre deux formes de condition potestative. L'argument s'appuyait pour l'essentiel sur l'article 1170, dont la lettre postulerait, selon cette interprétation, qu'une obligation contractée sous une condition potestative puisse être néanmoins valable ; et cette lecture se serait alors trouvée confortée par l'article 1178 qui ferait échapper certaines conditions potestatives à la sanction que l'article 1174 réserve à d'autres⁽¹⁴⁶⁾. La proposition aurait pu être d'emblée révoquée en doute, étant observé que la première de ces deux dispositions se contente de poser une définition de la condition potestative, sans se prononcer aucunement sur sa sanction, tandis que la seconde n'évoque même nulle part la notion. L'opinion a pourtant prospéré, et la condition purement potestative vit ainsi se détacher d'elle une autre condition de même espèce, que l'on a fini par qualifier naturellement, par esprit dialectique, de *simplement* potestative⁽¹⁴⁷⁾.

(144) Cette assimilation de principe de la condition mixte à la condition casuelle est si bien établie qu'elle empêche parfois les juges de découvrir que l'événement contraire demeure généralement, pour sa part, pleinement potestatif. V. par ex. Com., 17 mai 1965, *Bull.*, III, n° 321 ; et 9 juill. 1968, *Bull.*, IV, n° 228, qui valident tous deux les engagements critiqués au motif que leur condition suspensive résidait dans la conclusion d'une vente, supposant de trouver acquéreur, alors qu'il importait tout à l'inverse de relever qu'il suffisait au débiteur de ne rechercher aucun acquéreur pour faire défaillir la condition suspendant son engagement. Il aurait mieux valu, à tout prendre, décider que la convention devait être présumée faire obligation au débiteur de rechercher un acquéreur, auquel cas la causalité de cette condition n'eût plus été douteuse (v. *supra*, n° 281). Mais ce raisonnement paraît ignoré de la Cour de cassation : v. ainsi Com., 31 mars 2004, pourvoi n° 01-11805, qui conclut encore à la causalité de la condition, alors que le pourvoi arguait justement de ce que le *potentior* demeurerait libre de ne pas solliciter l'accord du tiers désigné.

(145) Les rédacteurs du Code, qui apposèrent cet adverbe dans la version initiale de l'article 1174, ne firent ainsi que se conformer à l'usage de leur temps. Si le mot a finalement disparu, c'est sur la précaution de la section de législation du Tribunat, qui fit observer que cette précision sémantique risquerait d'offrir le moyen aux plaideurs de défendre la validité de leur convention au prétexte que la condition, pour être potestative, ne le serait toutefois pas « *purement* » (v. P. A. Fenet, *op. cit. (supra)*, note 42), p. 148 ; J.-G. Locré, *op. cit. (supra, ibid.)*, p. 262). La crainte des tribuns était assurément fondée puisque, sans même cet argument de texte, la distinction finira tout de même par s'imposer. À cette heure néanmoins, il était encore bien entendu que toute condition potestative, sans distinction, devait répondre de la même sanction. La terminologie doctrinale a d'ailleurs persisté tout au long du XIX^e siècle : v. encore F. LAURENT, *op. cit. (supra)*, note 42), n° 55 et s., p. 70 et s., qui, en lieu de condition potestative, traite *De la condition purement potestative*.

(146) V. ainsi Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXV, préc. (*supra*, note 124), n° 314, p. 306 : « *Il ne faut pas confondre la condition potestative, dont il est question dans l'article 1170, avec la condition potestative, dont il est question à l'article 1174* », puis « *il faut tenir pour certain que la condition potestative, dont l'article 1170 fournit la définition, n'est pas celle dont l'article 1174 s'occupe.* » ; F. LAURENT, *op. cit. (supra)*, note 42), n°s 55 et 56, pp. 70-73 ; L. LAROMBIÈRE, *op. cit. (supra)*, note 132), art. 1174, n° 2, pp. 350-351 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *op. cit. (supra)*, note 143), n° 781, pp. 18-19.

(147) L'expression se trouve pour la première fois semble-t-il chez H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, th. Paris, 1922, n°s 152 et 153, p. 123 ; puis A.-R. THÉODORESCO, *op. cit. (supra)*, note 124), pp. 38 et 47. Encore A.-M. DEMANTE et E. COLMET DE SANTERRE, *op. cit. (supra)*, note 44), n° 94 bis, I, (*suite p. suiv.*)

Mais il restait encore à définir la notion nouvelle, et à en déterminer spécialement le contenu. Or, pour avoir un peu rapidement cédé à l'enthousiasme de la création, qui semblait appelée par les termes en usage, on ne s'est jamais clairement entendus sur ce que devait recouvrir cette notion. Si l'on avait pris soin de procéder à ce travail préalable de définition avant de propulser la condition simplement potestative sur la scène du droit, on aurait sans doute réalisé qu'elle ne connaissait pas son rôle, et l'on aurait échappé à ce spectacle fâcheux d'un instrument semant le désordre partout où on le mène.

Car, après plus d'un siècle d'effort doctrinal, force est aujourd'hui de constater que la condition simplement potestative a échoué à se trouver un fonds qui n'empiète pas sur la condition potestative *in facto*, d'un côté, ou sur la condition mixte, de l'autre⁽¹⁴⁸⁾. Pour autant qu'il soit permis de situer l'origine de la notion chez DEMOLOMBE, il y apparaît assez clairement en effet que la condition simplement potestative empruntait encore tous les traits de la condition potestative *in facto* du droit romain⁽¹⁴⁹⁾. Et si, progressivement, sa signification a glissé, ce ne fut que pour tendre vers la condition mixte, sans que cette évolution soit d'ailleurs toujours bien sentie⁽¹⁵⁰⁾. Pour justifier en effet de faire échapper cette condition simplement potestative à la sanction de l'article 1174, les auteurs, tout en continuant à la présenter comme celle consistant en un événement factuel qu'il est au pouvoir du contractant de réaliser, en viendront à déduire, par un chemin qui ne s'impose

p. 147, exposaient-ils déjà la division en distinguant entre la « *condition potestative simple* », d'une part, et la « *condition potestative pure* », d'autre part.

(148) En ce sens, v. encore récemment D. BONNET, *Cause et condition dans les actes juridiques*, th. Reims, 2003, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 449, 2005, nos 1010 à 1025, pp. 511-519.

(149) Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXV, préc. (*supra*, note 124), n° 314, pp. 307-308 : « La différence est, en effet, très grande entre la condition purement potestative, qui dépend de la seule volonté de celui qui s'oblige, ex mero arbitrio, et la condition, dite aussi potestative, qui dépend d'un événement, qu'il est au pouvoir de celui qui s'oblige, de faire arriver ou d'empêcher. » Quoique l'on trouve déjà trace de cette distinction chez MARCADÉ, *loc. cit.* (*supra*, note 132). V. par la suite G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *op. cit.* (*supra*, note 143), n° 781, pp. 17-18 : « Avec la condition potestative il faut se garder de confondre la condition purement potestative, qui n'est autre que la condition si je veux, ou toute autre équivalente. » ; Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, publ. R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, 2^e éd., A. Rousseau, t. VIII, *Les contrats et les obligations*, collab. G. Lagarde, 1936, nos 788 à 794, pp. 579-584 ; et encore aujourd'hui M. GRIMALDI, *Droit civil – Libéralités – Partages d'ascendants*, Litec, 2000, n° 1208, p. 151, qui définit les conditions simplement potestatives comme « celles qui dépendent de l'accomplissement d'un acte, qui visent une volonté agissante et non pas seulement déclarée ». Certains arrêts de la Cour de cassation semblent toujours élargir à cette conception, approuvant, pour l'un, une cour d'appel d'avoir jugé que la « condition consistant non en une simple déclaration de volonté mais dans l'accomplissement d'un acte extérieur, constitue « non une condition purement potestative qui serait nulle aux termes de l'article 1174 du code civil, mais une condition simplement potestative licite » (1^{re} civ., 17 févr. 1976, préc. (*supra*, note 126)), ou rejetant, pour un autre, la qualification de condition purement potestative au motif « que la condition qui suspend l'exécution de la vente d'un bien à celle [...] d'un autre bien n'exige[ait] pas du débiteur qu'une simple manifestation de volonté, mais suppos[ait] l'accomplissement d'un fait extérieur, à savoir la découverte d'un acquéreur pour le bien dont il est propriétaire » (3^e civ., 22 nov. 1995, *Bull.*, III, n° 243 ; CCC 1996, n° 19, note L. Leveneur ; D. 1996, p. 604, note Ph. Malaurie, et SC, p. 330, obs. D. Mazeaud).

(150) C'est ainsi qu'en matière de donation, la doctrine, qui enseigne que l'article 944 du Code civil prohiberait toute condition potestative, même simple, en est manifestement restée à la première acception de la condition simplement potestative. Car, étendue à la condition mixte, la prohibition ne répondrait plus à l'article 944, qui ne condamne que les « conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur ». De sorte que, loin de faire exception à la règle posée à l'article 1174, cette disposition l'annoncerait plutôt, en en faisant une stricte application aux actes à titre gratuit. Si l'article 944 fait exception, ce n'est guère qu'à l'article 900, en ce qu'il prévoit, conformément au droit commun, la nullité de l'obligation ainsi conditionnée en lieu de celle de la seule condition.

pourtant nullement, que ce fait volontaire dépendrait aussi nécessairement de circonstances étrangères à cette volonté⁽¹⁵¹⁾. De potestative *in facto a voluntate pendente*, cette condition est ainsi devenue mixte au sens où cette autre qualification se comprend ordinairement⁽¹⁵²⁾.

Il en résulte que la notion de condition simplement potestative succombe en cet état au double grief de son indétermination propre et de celle qui affecte déjà la notion de condition mixte avec laquelle elle se confond⁽¹⁵³⁾. Pour échapper au premier, on s'en tient encore parfois à une acception restrictive de la condition mixte, qui est celle du Code, afin de réserver un domaine distinct aux deux qualifications⁽¹⁵⁴⁾. Mais la condition simplement potestative n'est plus alors chez ces auteurs qu'un autre nom donné à la condition mixte, de sorte que ce détour terminologique ne permet pas de contourner le second grief, contre lequel la condition ainsi rebaptisée vient buter aussi sûrement que lorsqu'on la qualifie de condition mixte. Comme pour celle-ci, donc, la validité de l'obligation contractée sous son

(151) En ce sens déjà : F. LAURENT, *op. cit. (supra, note 42)*, n° 56, p. 73. V. encore depuis : G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, t. II, préc. (*supra, note 138*), n° 72, p. 65 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit. (supra, note 42)*, n°s 1272 et 1277, pp. 443-444. Remarquant l'évolution : J. GHESTIN, art. préc. (*supra, note 121*), n° 3, p. 245, et n° 12, p. 251.

(152) L'assimilation est consommée jusqu'en jurisprudence, les juges usant indifféremment des termes de condition mixte ou de condition simplement potestative lorsqu'il s'agit de valider les conventions qui leur sont soumises. Comp. ainsi les décisions précitées (*supra, note 138*) avec 3^e civ., 7 oct. 1987, pourvoi n° 84-17229, qui rejette le pourvoi au motif « *qu'en relevant que la clause litigieuse dépendait non seulement de la volonté de la partie qui l'invoquait, mais également d'événements extérieurs, tels que les fluctuations économiques, la Cour d'appel a caractérisé une condition simplement potestative* ». Rapp. égal. les décisions qui, se gardant de qualifier la condition, exclut néanmoins de la sanctionner comme purement potestative au constat que son jeu dépend pour partie du hasard : Com., 18 déc. 1972, *Bull.*, IV, n° 335, au sujet d'une obligation conditionnée à la rentabilité de l'activité de l'affaire cédée, condition qui « *constitue un élément qui n'était pas soumis à la seule volonté du cessionnaire* » ; 12 mai 1980, *Bull.*, IV, n° 190, jugeant, à propos d'un dépôt à titre onéreux laissant aux époux déposants le pouvoir de retirer leurs distributeurs au cas de résultat déficitaire de leur exploitation, que « *la survenance de la condition ne dépendait pas de la seule volonté des époux et ne revêtait pas, de ce fait, un caractère purement potestatif* » ; 15 juin 1982, *Bull.*, IV, n° 229, qui approuve la cour d'appel d'avoir exclu la qualification de condition purement potestative après avoir relevé « *que le prix des actions vendues était pour partie dépendant du chiffre d'affaires réalisé et de certains loyers perçus par une société dont l'activité et l'intérêt étaient distincts de celles des personnes physiques débitrices* ».

Cette évolution n'a pas échappé aux observateurs : v. J. GHESTIN, art. préc. (*supra, note 121*), n° 22, p. 257 ; S. GJIDARA, « Le déclin de la potestativité dans le droit des contrats : le glissement jurisprudentiel de l'article 1174 à 1178 du Code civil », *PA* 21 juin 2000, p. 7, n° 13, pour qui « *la condition simplement potestative a rejoint la catégorie élargie de la condition mixte, faisant face dans un même bloc à la condition potestative* ». À tel point que l'on pourrait dorénavant conclure qu'« *il n'existe plus de différence entre la condition mixte et la condition simplement potestative* » : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 4^e éd., Defrénois, 2009, n° 1312, p. 699.

(153) V. *supra*, n° 282. L'artifice conceptuel que constitue cette notion de condition simplement potestative fut dénoncé dès son origine par H. EYGOUT, *op. cit. (supra, note 147)*, n° 153, p. 123. Et sa critique a persisté jusqu'à aujourd'hui : v. S. VALORY, *op. cit. (supra, note 118)*, n°s 125 et 126, pp. 82-83 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, 6^e éd., Sirey, 2009, n° 295, p. 259.

(154) V. not. H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations – Théorie générale*, 9^e éd., par F. Chabas, Montchrestien, 1998, n° 1041, p. 1093. Rapp. A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2^e éd., PUF, 1998, n° 165, p. 607, qui note à propos des conditions mâtinées à la fois de causalité et d'arbitraire : « *conditions dites parfois simplement potestatives, mais que l'on pourrait tout aussi bien qualifier de mixtes n'étaient les termes trop restrictifs de l'art. 1171* ». Sur ce constat, v. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *loc. cit. (supra, note 138)*, p. 1209 : « *Seule la définition trop étroite de la condition mixte formulée à l'article 1171 a conduit à imaginer la catégorie supplémentaire, fondamentalement ambiguë, des conditions simplement potestatives.* » Adde S. VALORY, *op. cit. (supra, note 118)*, n° 115, p. 78.

empire ne se déduit pas du nom par lequel on la désigne, mais de sa nature essentiellement casuelle⁽¹⁵⁵⁾.

Un dernier critère est alors parfois avancé en vue d'extraire la condition simplement potestative de ce voisinage confondant : relèveraient finalement de cette qualification les conditions qui, pour être potestatives, contrarieraient cependant assez les intérêts du *potentior* pour que celui-ci s'interdise lui-même d'user de son pouvoir⁽¹⁵⁶⁾. Se trouverait ainsi validé, par exemple, l'engagement pris par un employeur sous la condition de maintenir sa production, tant que l'on peut admettre qu'il ne cessera pas son activité dans le seul but d'échapper à son obligation⁽¹⁵⁷⁾. C'est cette solution que l'on formule lorsque l'on pose pour règle que « *l'onérosité chasse la potestativité* »⁽¹⁵⁸⁾. Le critère surprend pourtant, qui paraît vouloir trouver sa raison dans une limitation du pouvoir du contractant par lui-même, lors donc que celui-ci demeure toujours aussi libre de son choix. Toute décision résulte en effet d'une délibération au cours de laquelle l'auteur soupèse les différents intérêts en présence, dont il reste seul juge ; constater que l'un de ces intérêts paraît peser plus que les autres ne change rien au fait que le contractant pourra parfaitement privilégier ces autres intérêts, d'ailleurs pas nécessairement exprimés, même s'il y sera pratiquement, et le plus souvent seulement, moins enclin⁽¹⁵⁹⁾. La qualification de la condition ne dépend pas des probabilités qu'il y a à la mettre en œuvre, mais du pouvoir effectif du contractant sur sa réalisation ou sa défaillance, d'une part, et de la liberté juridique qu'il lui est laissé de l'exercer, d'autre part, même si les circonstances le contraignent en fait. Si l'on censure la convention, c'est parce qu'elle assujettit un contractant à un autre contre sa volonté⁽¹⁶⁰⁾ ; or il importe peu pour ce contractant assujetti de savoir que le *potentior* porte atteinte à ses propres intérêts en forçant la condition, tant que ce forçage nuit au premier en contrariant ses prévisions⁽¹⁶¹⁾. Une telle acception de la condition simplement potestative paraît en réalité

(155) V. *supra*, n° 282, *in fine*.

(156) En ce sens déjà : V. MARCADÉ, *op. cit.* (*supra*, note 132), n° 552, p. 438. Mais cette définition de la condition simplement potestative est surtout très contemporaine : J. GHESTIN, art. préc. (*supra*, note 121), n° 19, p. 255 ; S. VALORY, *op. cit.* (*supra*, note 118), n°s 147 et 148, pp. 92-93, et n°s 479 à 484, pp. 289-291 ; S. GJIDARA, art. préc. (*supra*, note 152), *PA* 22 juin 2000, p. 4, n° 23 ; B. DONDERO, « De la condition potestative licite », *RTD civ.* 2007, pp. 677-700, n°s 33 à 37, pp. 689-691. Rapp. égal. J.-J. TAISNE, *op. cit.* (*supra*, note 121), n° 102, pp. 156-157, et n° 106, pp. 161-162.

(157) Soc., 28 oct. 1963, *Bull.*, IV, n° 739.

(158) Selon W. DROSS, *op. cit.* (*supra*, note 45), v° Dédit, p. 148. Rapp. déjà S. VALORY, *op. cit.* (*supra*, note 118), n° 164.

(159) Quelle serait du reste l'unité de mesure à appliquer ? Faut-il exiger, pour que la condition soit qualifiée de simplement potestative, que le risque de perte encouru par le *potentior* exerçant son pouvoir soit supérieur à l'avantage qu'il en espère ? Ou la simple équivalence peut-elle y suffire ? Doit-on s'en tenir à un contrôle objectif des valeurs en présence, ou en subjectiver l'appréciation en fonction du point de vue du *potentior* ? Et le fait que ce risque ne se soit finalement pas réalisé doit-il remettre en cause la mise en balance des intérêts que l'on avait préalablement opérée ? Autant de questions auxquelles aucune réponse n'a jamais été apportée.

(160) V. *infra*, n° 291.

(161) Le constat de la divergence des intérêts motivant la décision du *potentior* n'importera que lorsque l'on s'interrogera sur la question de savoir si les contractants ont voulu ou non lui conférer le pouvoir de forcer le hasard, l'existence et la connaissance d'un intérêt concurrent pouvant alors permettre de présumer que tel fut bien le cas. L'engagement s'en trouvera validé, mais sans nécessiter pour autant la requalification d'une condition qui n'a pas varié dans sa nature. V. *infra*, n° 291, *in medio*.

faire fonds d'une confusion opérée entre cet empêchement de fait, d'ailleurs souvent très relatif, et un empêchement de droit, qui seul dresse un obstacle juridiquement efficace à l'exercice du pouvoir du contractant et justifie de requalifier la modalité en conséquence⁽¹⁶²⁾.

284. Une théorie délabrée – Il ressort de ce premier examen que l'histoire de la condition potestative a été celle d'un long délabrement. À partir d'une opposition qui avait pour elle la simplicité et la logique, le droit byzantin a introduit d'emblée une condition mixte qui n'a jamais depuis laissé voir sa substance, avant que le droit français y ajoute encore en extrayant une quatrième condition, dite simplement potestative, d'un médiocre argument de texte. Si bien que, ainsi grevée de ces deux appendices conceptuels, la condition potestative ne présente plus désormais que l'image floue d'une notion mal définie, devenue instrument d'équité aux mains des juges, mais source d'insécurité pour les justiciables.

Ce constat critique est du reste aujourd'hui fait de tous⁽¹⁶³⁾, au point que certains auteurs invitent à renoncer à toute taxinomie pour en revenir au seul critère du potestatif, alors désigné sous le terme d'« *arbitraire* », lequel commanderait à lui seul toutes les solutions⁽¹⁶⁴⁾. Il semble pourtant possible de conclure autrement, en inférant de cette malfaçon théorique, non la vanité du projet lui-même, mais la mauvaise réalisation qui en a jusqu'alors été proposée. Car le régime de la condition potestative présente lui-même trop de nuances pour l'abandonner au manichéisme du tout ou rien. Il suffirait ainsi de quelques ajustements sémantiques pour donner enfin sens à ces catégories, et dégager alors, par opposition, une définition cohérente de la condition purement potestative.

B - LE DÉGAGEMENT D'UNE DÉFINITION

285. La condition potestative distinguée de la condition mixte – Si l'on veut donner un sens utile à la notion de condition mixte, il importe d'en retenir un qui lui confère un régime propre, au moins pour partie distinct de celui de la condition potestative, d'un côté, et de celui de la condition casuelle, de l'autre. Or il apparaît possible de lui

(162) Requalification en terme ou en condition casuelle selon que l'intervention juridiquement contrainte de ce contractant suffit ou non à assurer la survenance de l'événement attendu.

(163) V. par ex. S. GJIDARA, art. préc. (*supra*, note 152), p. 6, n° 11, pour qui « *En définitive, cette distinction technique a simplement permis à la jurisprudence de valider des conditions simplement potestatives tout aussi arbitraires que des conditions purement potestatives.* » ; ou encore B. DONDERO, art. préc. (*supra*, note 156), n° 7, p. 680. Et déjà J.-J. TAISNE, *op. cit.* (*supra*, note 121), n° 15, p. 36 : « *Sur ce point, une seule certitude existe : toutes ne sont pas nulles. Au delà règne la confusion la plus totale.* »

(164) V. not. J. GHESTIN, « L'indétermination du prix de vente et la condition potestative », *D.* 1973, chr., pp. 293-298 ; G. GOUBEUX, note sous CA Paris, 15 mars 1974, *JCP* 1984, II, 17786 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, t. II, préc. (*supra*, note 138), n° 76, p. 69 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *loc. cit.* (*supra*, note 138), pp. 1208-1209 ; F. COLLART DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, th. Tours, 1983, Sirey, 1988, n° 193, p. 105 ; S. VALORY, *op. cit.* (*supra*, note 118), n°s 120 à 145, pp. 80-91.

découvrir cette autonomie : il suffit de réserver à la condition mixte l'hypothèse dans laquelle un contractant dispose du pouvoir de forcer à la réalisation ou à la défaillance de la condition tout en étant empêché par une obligation de faire ou de ne pas faire. Alors que l'intéressé aurait pu provoquer l'événement conditionnant l'obligation, il se trouverait, en cette circonstance, contraint par le droit de l'abandonner au hasard⁽¹⁶⁵⁾. Serait donc mixte la condition matériellement potestative, mais juridiquement casuelle : le contractant dispose bien du pouvoir de faire obstacle au jeu naturel des événements, mais il se trouve interdit d'en user, soit que ce pouvoir ait été ignoré de son cocontractant, soit qu'il ait été connu et spécialement exclu⁽¹⁶⁶⁾. Ainsi définie, on constatera plus loin que cette condition mixte commande bien un régime particulier, échappant à la sanction de l'article 1174 du Code civil pour s'assujettir à celle de l'article 1178.

Le mot ne doit toutefois pas tromper : cette condition mixte demeure pour l'essentiel une condition casuelle, dont elle n'est qu'une espèce, et se distingue donc tout à fait en cela de la modalité de même nom, mais en réalité introuvable, par laquelle la tradition désigne la condition restant au pouvoir du contractant dans l'une ou l'autre de ses occurrences⁽¹⁶⁷⁾. Car, si dans les deux cas l'événement est toujours susceptible de résulter du hasard tout en pouvant être empêché par le contractant, ce pouvoir se trouve ici condamné par le droit, qui veillera à en neutraliser l'exercice de façon à restituer la condition dans sa casualité. La condition potestative s'oppose donc tout aussi sûrement à la condition mixte ainsi redéfinie qu'à toute autre condition casuelle.

286. La condition purement potestative distinguée de la condition simplement potestative – Il a été dénoncé plus haut l'aporie que représente une condition qui se voudrait potestative sans l'être, prétendant rester au pouvoir du contractant tout en échappant en son principe à la sanction attachée à cette *potestas*⁽¹⁶⁸⁾. Si la condition est potestative, même simplement, elle ne saurait en effet émarger au régime ordinaire de la condition casuelle, et si elle le fait, alors c'est qu'elle n'est pas en réalité potestative, mais casuelle⁽¹⁶⁹⁾. La difficulté est donc ici de définir une condition qui soit proprement potestative tout en constituant une espèce suffisamment particulière pour justifier quelques aménagements à la prohibition opposée par l'article 1174 du Code civil.

(165) Cette obligation satisfaite, la réalisation de la condition, comme sa défaillance, doivent donc rester casuellement possibles. À défaut, il ne s'agirait plus d'une condition mais d'un terme : v. *supra*, n° 280, spéc. note 121.

(166) Répond notamment à cette qualification la condition suspendant un engagement à la conclusion d'une autre convention que le contractant sera tenu de rechercher. La condition visée à l'article L. 312-16 du Code de la consommation, qui subordonne la conclusion de la vente d'immeuble à l'obtention du prêt servant à la financer, constituerait ainsi une condition mixte. Cette nouvelle définition de la condition mixte ne contredirait donc pas celle qu'en donne l'article 1171 du Code civil.

(167) V. *supra*, n° 282.

(168) V. *supra*, n° 283.

(169) Telle est bien la requalification à laquelle aboutit l'examen de la condition simplement potestative telle qu'aujourd'hui conçue : v. *supra*, n° 283, spéc. note 155.

À cette fin, la distinction historique entre condition potestative *in ipsa et mera voluntate* et condition potestative *in facto a voluntate pendente* fournit un instrument de choix. Non seulement, en effet, elle peut se prévaloir du sens originaire de la division opérée entre conditions purement et simplement potestatives, lorsque celle-ci ne faisait encore que traduire la distinction romaine en termes plus contemporains, à défaut d'être plus précis⁽¹⁷⁰⁾, mais elle est même la seule qui puisse expliquer les nuances que l'on observera par la suite dans l'application de la sanction.

La condition potestative se définissant comme celle portant sur un événement laissé à la décision d'un contractant, constituerait ainsi une condition simplement potestative celle qui ne consisterait qu'en cela, tandis que la condition *purement* potestative représenterait cette espèce particulière dans laquelle le fait potestatif ne se réduit plus qu'à la seule expression d'une volonté. Toute condition potestative porte sur un fait qui est entièrement au pouvoir du *potentior*, mais lorsque ce fait n'a aucune existence en soi, ne valant que comme support à la réitération d'un consentement, la condition devient purement potestative. Cette dernière, en somme, s'exprime par la modalité *si voluero*, ou toute autre apparentée⁽¹⁷¹⁾.

La question de l'intérêt poursuivi par le contractant dans la réalisation ou la défaillance de la condition reparaît alors à cet endroit comme un indice distinctif de la notion. Alors que ce critère demeurerait étranger à la condition simplement potestative dans l'acception qui est la sienne en droit positif⁽¹⁷²⁾, il semble bien en effet qu'il permette de révéler à présent l'existence de cette condition autrement comprise. Car le fait potestatif qui procède pour partie au moins d'un intérêt étranger à la seule perfection de l'obligation n'a plus pour objet exclusif de réitérer un consentement : en développant sa propre causalité, il conquiert son autonomie, existant en soi et non plus seulement comme prétexte à manifester la volition de son auteur⁽¹⁷³⁾. Si, donc, la condition porte sur un fait objectif dont la réalisation n'a pas pour fin unique de parachever la formation d'un engagement, alors il y aura bien un événement valant en tant que tel, et la condition pourra être qualifiée de simplement

(170) V. *supra*, *ibid.*, spéc. note 149.

(171) V. *supra*, n° 281, spéc. note 130. Lorsque néanmoins l'événement réside, non dans la réitération du consentement, mais dans l'absence de rétractation, cette abstention constitue un fait en soi, qui ne véhicule aucune volition (on peut se taire par oubli). Analysées comme conditions suspensives de non-rétractation (v. *supra*, n° 221, *in limine*), les facultés légales de dédit constituent donc des conditions simplement potestatives au sens où on les entend à présent. Si l'on devait les analyser au contraire comme des conditions résolutoires, il s'agirait de conditions purement potestatives, puisque ne tenant alors dans rien d'autre qu'en l'expression d'une volonté.

(172) V. *supra*, n° 283, *in fine*.

(173) Il importe de se garder par conséquent de la confusion qui consisterait à assimiler ce nouveau motif d'action à tous ceux participant déjà à la décision du contractant de confirmer ou non son engagement, pour en conclure que, n'étant pas plus extérieur que ceux-là à la volonté de l'auteur, il n'y aurait aucune raison de détacher ce fait volontaire de la volonté qui s'y exprime. Car cet intérêt concurrent ne participe pas immédiatement des motifs de la décision de parfaire l'obligation conditionnelle, mais à ceux de réaliser, en amont, l'action qui se trouve être aussi l'événement conditionnant cette obligation. À telle enseigne que le *potentior* pourrait fort bien être poussé par cet intérêt à provoquer l'événement en oubliant qu'il réalise ce faisant la condition, auquel cas il apparaîtra clairement que son motif d'action n'aura pas été d'entériner son engagement.

potestative⁽¹⁷⁴⁾. Mais si l'intérêt concurrent ne s'immisce que dans le choix de réitérer son consentement et de parfaire son obligation plutôt que dans celui de provoquer un événement alors dépourvu de toute consistance, il n'y aura rien de plus qu'une condition purement potestative.

287. Une notion duale – De cet examen, il ressort donc en définitive que toute condition est nécessairement casuelle ou potestative, la condition mixte constituant une espèce de la première, et la condition purement potestative une espèce de la seconde. Il reste alors encore à vérifier la pertinence de ces catégories, laquelle s'appréciera pour l'essentiel à l'aune des sanctions qui leur sont respectivement applicables. On pourra ainsi déterminer dans quelle mesure l'inexistence s'impose pour sanction de l'engagement purement potestatif.

§ 2 – La sanction de l'engagement purement potestatif

288. La possibilité d'une existence potestative – Il est souvent affirmé que l'obligation contractée sous une condition purement potestative serait comme inexistante, faute de toute volonté véritable du *potentior* de s'engager. On verra pourtant que le domaine de l'inexistence est peut-être plus exigu qu'on ne l'enseigne habituellement (A). La solution semble plutôt porter en réalité du côté de la nullité⁽¹⁷⁵⁾, quoique ce principe doive être lui-même fortement tempéré (B).

A - LE DOMAINE EXIGU DE L'INEXISTENCE

289. La qualité du *potentior*: pouvoir du débiteur ou pouvoir du créancier – Le raisonnement est classique qui justifie la sanction fulminée à l'article 1174 du Code civil par la contradiction qui résulterait d'un engagement pris sous la réserve de le vouloir encore le moment venu⁽¹⁷⁶⁾. Selon cette analyse, une telle contradiction ne manifesterait en effet qu'une obligation inexistante, faute de toute consistance véritable d'une volonté restée

(174) La condition « *si je me marie* » est, cela a été dit, casuelle dans le sens de sa réalisation et potestative dans celui de sa défaillance (v. *supra*, n° 282, spéc. note 141). Mais on peut préciser à présent qu'elle n'est, en ce dernier sens, que simplement potestative, dès lors que la décision de ne pas se marier, si elle se présente, répondra à bien d'autres considérations que la seule volonté d'échapper à son obligation. V. égal. pour illustration de la distinction, l'hypothèse de la condition « *si je mets mon chapeau* » évoquée *supra*, n° 281, spéc. note 131.

(175) Sur cette double sanction de la condition potestative, v. not. F. COLLART DUTILLEUL, *op. cit.* (*supra*, note 164), n°s 192 à 201, pp. 104-111.

(176) V. encore récemment D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence*, th. Paris XI, 2000, PUAM, 2001, n° 183 et s., pp. 169-285, qui justifie la sanction de l'article 1174 par cette seule contradiction.

indécise⁽¹⁷⁷⁾. Sous cet argument, on observe toutefois que c'est plus spécialement le pouvoir du débiteur qui est systématiquement dénoncé : ce qui choque, c'est de livrer celui qui se croit créancier au bon-vouloir de son débiteur⁽¹⁷⁸⁾. Ainsi s'expliquerait que l'article 1174 réserve sa sanction à la condition potestative stipulée *ex parte debitori*.

Il est toutefois introduit dans cette analyse un tempérament dont l'importance tend pratiquement à dissoudre l'essentiel de l'intérêt qui pourrait s'attacher à une telle limitation. La plupart des auteurs estiment en effet que, pour les contrats synallagmatiques, soit pour l'immense majorité des conventions, la condition potestative condamne toujours l'engagement, même lorsqu'elle est stipulée en faveur du créancier⁽¹⁷⁹⁾. La justification s'en trouve dans le constat que, au sein de ces contrats, l'anéantissement de la créance par le jeu de la condition emporte typiquement celui de la dette réciproque, en sorte que le créancier échapperait bien à sa propre obligation en décidant de renoncer à son droit. De ce rapport de dépendance, il s'infère en effet que l'événement potestatif conditionnant la créance affecte également, par voie de conséquence, la dette réciproque, ce qui autorise alors à annuler cette dernière en application de l'article 1174 du Code civil, puis le contrat en son

(177) V. par ex. L. LAROMBIÈRE, *op. cit.* (*supra*, note 132), art. 1174, n° 1, p. 350 : « l'article 1174 dit que toute obligation est nulle ou plutôt inexistante » ; J. GHESTIN, « L'indétermination du prix de vente et la condition potestative », *préc.* (*supra*, note 164), n° 13, p. 294 : « Ce qui justifie la nullité c'est que l'obligation subordonnée à une condition purement potestative est un néant juridique ; au sens propre du terme elle est inexistante » ; J.-J. TAISNE, *op. cit.* (*supra*, note 121), n° 124, p. 187 : « Le vocable d'inexistence eût pu être employé si aucun texte [i.e. l'art. 1174] n'avait envisagé l'hypothèse. » ; S. VALORY, *op. cit.* (*supra*, note 118), n° 81, p. 63 : « On doit donc parler d'inexistence plutôt que de nullité de l'obligation. » ; D. HOUTCIEFF, *op. cit.* (*supra*, note *préc.*), n° 234, p. 209 : « si l'inexistence était reçue par notre droit, c'est elle qu'il faudrait invoquer. » V. égal. CA Versailles, 17 déc. 1980, *Gaz. Pal.* 1982, somm., p. 20, jugeant qu'une clause « constitue par application de l'article 1174 du Code civil, une clause purement potestative qui doit être déclarée inexistante ». Quitte à relever alors que la disposition de l'article 1174 deviendrait inutile en ce qu'elle ne ferait que rappeler l'exigence posée à l'article 1108 du même Code. En ce sens, v. not. A.-R. THÉODORESCO, *op. cit.* (*supra*, note 124), p. 45.

(178) V. ainsi R.-J. POTHIER, *op. cit.* (*supra*, note 33), n° 47, p. 27, et n° 205, p. 96 ; Ch. TOULLIER, *op. cit.* (*supra*, note 124), n° 494, p. 524 ; Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXV, *préc.* (*supra*, note 124), n° 313, p. 305, qui expose ainsi l'hypothèse : « Je vous les prêterai, si je veux, ... si cela me plaît. » – *Voilà une condition. – Quelle en est l'influence sur l'obligation ? – Sur l'obligation... ! Mais il n'y a pas même l'ombre d'une obligation dans un propos de ce genre ; il n'y a rien !* » ; A.-M. DEMANTE et E. COLMET DE SANTERRE, *op. cit.* (*supra*, note 44), n° 94, p. 146 ; A. WAHL, note sous Civ., 2 mai 1900, *S.* 1901, I, p. 217 : « lorsque l'obligation est subordonnée à la volonté de l'obligé, elle n'existe pas, il ne se forme pas le lien de droit qui est de l'essence de toute obligation. » ; A.-R. THÉODORESCO, *op. cit.* (*supra*, note 124), p. 77 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.* (*supra*, note 42), n° 1028, p. 377 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.* (*supra*, note 42), n° 1272, p. 443 : « La condition purement potestative du côté du débiteur détruit l'idée même d'obligation : il y a contradiction entre : « je m'engage » et « si je veux ». En ce cas, on ne s'est pas engagé du tout. » ; J. CARBONNIER, *Les Obligations*, *préc.* (*supra*, note 97), n° 135, p. 263 : « le débiteur ne serait pas sérieusement lié si sa dette dépendait d'un événement qu'il est au pouvoir de sa volonté de faire arriver ou non ; il n'y aurait plus là une véritable obligation. »

(179) Cette solution est la plus couramment admise. C'était déjà celle du droit romain : v. Code Justinien, IV, XXXVIII, 13. La jurisprudence a pourtant longtemps hésité. *Pro* : Com., 28 juin 1965, *Bull.*, IV, n° 405 ; 1^{re} civ., 7 avril 1967, *Bull.*, I, n° 110 ; Com., 17 mai 1976, *Bull.*, IV, n° 165 ; ou encore 3^e civ., 7 juin 1983, *Bull.*, III, n° 132 (*D.* 1983, SC, p. 481, obs. B. Audit ; *Defrénois* 1984, art. 33326, n° 48, p. 805, obs. J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1984, p. 713, obs. J. Mestre), qui tous constatent la nullité de l'engagement synallagmatique contenant une obligation affectée d'une condition potestative au profit du créancier. *Contra* : Soc., 28 avril 1956, *Bull.*, IV, n° 382 ; Com., 11 mars 1968, *Bull.*, IV, n° 101 ; puis 3^e civ., 21 janv. 1971, *Bull.*, III, n° 46, qui estime qu'« une condition purement potestative, nulle de la part de celui qui s'oblige, n'affecte pas la validité d'un contrat synallagmatique, dans lequel les parties sont respectivement créancières et débitrices ». Cette autre opinion, qui paraît trouver son origine chez AUBRY et RAU (*op. cit.* (*supra*, note 42), § 302, p. 67, spéc. note 29), est toutefois restée assez isolée, en doctrine comme en jurisprudence, même s'il est toujours quelques auteurs pour la défendre. V. encore récemment S. GJIDARA, *loc. cit.* (*supra*, note 152).

entier par effet rebours de l'article 1131⁽¹⁸⁰⁾. Ce raisonnement circonvolutoire n'invite-t-il cependant pas à retenir une explication plus immédiate ? Plutôt que de mobiliser deux fois le rapport synallagmatique, pour reporter la condition potestative sur la propre obligation du créancier, d'abord, et pour étendre ensuite, en sens contraire, les effets de son annulation sur l'obligation réciproque de son débiteur, ne serait-il pas plus simple de reconnaître directement que le pouvoir du contractant puisse tout autant fausser l'obligation dont il est créancier ?

Le fait est en effet que l'on ne voit rien qui justifie en droit de distinguer ici selon que la condition est au pouvoir du débiteur ou du créancier. Dans les deux cas, l'engagement sera pareillement soumis à la volonté de l'une de ses parties contractantes, en sorte que son existence s'en trouvera également menacée⁽¹⁸¹⁾. Que le créancier soit moins enclin à mettre obstacle à l'obligation que ne l'est le débiteur ne change rien au fait qu'il peut parfaitement se décider en ce sens⁽¹⁸²⁾. Il faut donc faire même justice de l'argument qui consiste à rapprocher ce pouvoir d'empêcher la condition de celui dont dispose déjà tout créancier d'exiger ou non le paiement de sa créance, pour en déduire que la compatibilité du second avec l'existence de l'obligation impliquerait nécessairement celle du premier. Car le contractant qui ne réclame pas son paiement ne remet pas pour autant en cause l'existence de son droit comme peut le faire celui qui provoque la défaillance d'une condition suspensive, ou la réalisation d'une condition résolutoire : la passivité ne vaut pas remise de dette, laquelle supposerait de surcroît l'accord au moins tacite de l'intéressé. C'est ainsi que le débiteur confronté au refus du créancier de recevoir son paiement dispose toujours de la faculté d'émettre une offre réelle suivie d'une consignation libératoire (C. civ., art. 1257), alors que cette possibilité resterait évidemment inenvisageable si ce refus devait provoquer l'anéantissement de l'obligation : même accepté, un paiement intervenant après disparition de la dette serait réputé indu et donnerait comme tel droit à répétition.

(180) Rappr. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, t. II, préc. (*supra*, note 138), n° 76, p. 68 : « Dans une opération synallagmatique, l'obligation soumise à une condition potestative de la part de son débiteur n'existe pas, faute d'une volonté suffisante de s'engager, et celle du cocontractant est dépourvue de cause. » ; G. GOUBEAUX, note préc. (*supra*, note 164), *in fine* : « Au fond, la nullité de l'obligation contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige est une nullité du contrat pour défaut de cause de l'engagement parallèle du créancier. »

(181) *Contra* : D. HOUTCIEFF, *op. cit.* (*supra*, note 176), n° 218, p. 197, qui estime que le droit potestatif conféré au créancier ne pourrait jamais affecter que l'exécution et non la formation de l'obligation.

(182) V. en ce sens H. et L. MAZEAUD, obs. sur Soc., 17 févr. 1955, *RTD civ.* 1955, p. 516 : « un consentement donné sous condition purement potestative est inexistant, qu'il émane du créancier ou du débiteur. » ; J.-J. TAINNE, *op. cit.* (*supra*, note 121), n° 133, p. 195 : « Le consentement du créancier est tout aussi nécessaire à l'existence organique de l'obligation que le consentement du débiteur. » ; S. VALORY, *op. cit.* (*supra*, note 118), n° 84, p. 65 : « une obligation conclue sous une condition potestative au pouvoir du créancier n'a pas plus d'existence sur le plan juridique que si la condition est au pouvoir du débiteur » ; W. DROSS, art. préc. (*supra*, note 126), n° 15, pp. 707-708, note 36. BIGOT-PRÉAMENEU lui-même, présentant au Corps législatif le futur article 1174 dans sa rédaction définitive (exposé des motifs, 7 pluv. an XII, *in* P. A. Fenet, *op. cit.* (*supra*, note 42), p. 240, et J.-G. Locré, *op. cit.* (*supra*, *ibid.*), p. 338, n° 58), ne distinguait pas selon la qualité du contractant : « Si la condition dépend de l'une des parties contractantes, qui est la maîtresse de rompre ou de maintenir le lien que l'acte semble former, il n'y a point réellement d'obligation, elle est nulle. » Et en jurisprudence : Soc., 12 avril 1995, *D.* 1995, IR, p. 128, qui prive d'effet l'obligation de non-concurrence conclue sous une condition potestative qui profitait à l'employeur.

La distinction que l'on voudrait faire ici en fonction de la qualité de créancier ou de débiteur du *potentior* apparaît dès lors totalement infondée. Certes, il est bien vrai que l'article 1174 du Code civil ne sanctionne que l'obligation formée sous condition potestative *ex parte debitori*, mais il l'est tout autant que cette disposition, qui en prévoit la nullité, ne parle pas d'inexistence, en sorte que son étude ressortira plus sûrement à la question de la validité de l'obligation sous condition potestative qu'à celle, préalable, de son existence⁽¹⁸³⁾. En toute hypothèse donc, l'exigüité du domaine de l'inexistence ne se mesure pas à l'aune de la qualité du *potentior*.

290. La nature de la condition : condition suspensive ou condition résolutoire –

Selon que la condition potestative est suspensive ou résolutoire, le pouvoir du contractant ne heurtera pas l'obligation du même abord⁽¹⁸⁴⁾. Lorsque la condition est suspensive, l'existence de l'engagement n'est mise en question que si l'un des contractants dispose du pouvoir d'empêcher l'occurrence de l'événement, ce qui sera notamment le cas s'il a même celui de provoquer sa défaillance, ou si la condition ne peut se réaliser sans son intervention. Il resterait au contraire indifférent que le *potentior* puisse provoquer la réalisation de la condition suspensive, et confirmer ainsi l'obligation, tant que la défaillance de cette condition échappera à sa *potestas*. Symétriquement, c'est le pouvoir du contractant de forcer la réalisation de la condition résolutoire qui pourrait menacer l'existence de l'obligation⁽¹⁸⁵⁾, ce qui serait *a fortiori* le cas si son inaction suffisait à précipiter avec certitude le contrat vers cette résolution. À l'inverse donc, la faculté qui se bornerait au pouvoir d'empêcher la réalisation de la condition résolutoire resterait, de ce même point de vue, tout à fait indifférente comme tendant plutôt à conforter l'engagement qu'à l'anéantir.

Toute idée d'inexistence doit pourtant être exclue lorsque le pouvoir du contractant porte sur la réalisation d'une condition résolutoire. La chose est évidente quand, visant une obligation à exécution successive ayant déjà fait l'objet d'un début d'exécution, la condition borne ses effets à l'avenir : on ne discute pas en ce cas que l'obligation ait existé avant sa résiliation⁽¹⁸⁶⁾. Mais c'est également vrai d'une condition résolutoire qui rétroagirait au jour de la formation de l'engagement, eu égard cette fois aux restrictions qui s'imposeront au *potentior* dans sa mise en œuvre. L'existence, pratiquement systématique, d'un délai d'option suffit ainsi à rendre compte de l'existence d'une obligation⁽¹⁸⁷⁾, considérant que c'est bien

(183) V. *infra*, n° 291.

(184) Distinguant ainsi en fonction du sens dans lequel s'exerce le pouvoir du contractant : W. DROSS, art. préc. (*supra*, note 126), n° 28, pp. 714-715, et n° 38, pp. 720-721.

(185) Étant précisé qu'il ne lui suffira pas ici de s'opposer à la défaillance de l'événement mais bien d'en provoquer l'occurrence, puisque, au contraire de ce qui vaut pour la condition suspensive, le maintien du *statu quo* par empêchement de la condition résolutoire confirme l'obligation dans son existence.

(186) V. par ex. Civ., 2 mai 1900, *S.* 1901, I, p. 217, note A. Wahl, qui écarte l'argument pris du caractère potestatif du droit de résiliation que s'était réservé un directeur de théâtre de mettre fin au contrat le liant avec un artiste.

(187) Le Code civil autorise lui-même la vente à réméré en limitant la faculté de rachat à cinq années : art. 1659 et 1660. Et le constat vaut autant pour toutes les facultés de dédit, admises partout sans que la question de l'existence de la convention ainsi conditionnée ait jamais été posée.

cette dernière, et non l'inaction de l'intéressé, qui justifiera d'en forcer l'exécution passé le délai de résolution. Et il en va de même, sinon à plus à forte raison, d'une clause résolutoire dont l'exercice donnerait lieu à contrepartie : en ce cas encore, c'est toujours l'engagement résolu, ou une stipulation qui en constituait l'accessoire, qui fonde le droit à cette prestation ; et une obligation productive de droit, même par accessoire, ne peut pas raisonnablement être jugée inexistante. Par où l'on voit que la question de l'inexistence n'est susceptible d'être agitée par la condition résolutoire potestative qu'à son extrémité, qui est celle d'une résolution pouvant être sollicitée à tout moment, perpétuellement, sans formalité, et sans contrepartie.

Une condition résolutoire si radicale qui serait laissée au pouvoir d'un contractant justifierait-elle pour autant de conclure à l'inexistence de l'engagement qui la contient ? Il faut encore en douter, du jeu cette fois d'un argument purement logique. Car la résolution constitue une menace, qui pèse sur une obligation, et celle-ci doit nécessairement exister pour subir le risque de son anéantissement. Le fait que le contrat puisse être anéanti à tout moment ne signifie pas qu'il le soit déjà. On peut bien dire que, une fois exercée, la clause résolutoire fera disparaître l'engagement aussi sûrement que s'il n'avait jamais existé⁽¹⁸⁸⁾, il n'en reste pas moins que, tant qu'elle ne l'est pas, et c'est à ce moment que se pose la question de la réalité de l'obligation, celle-ci demeure, de sorte que son existence ne peut pas être sérieusement contestée⁽¹⁸⁹⁾. Elle peut même d'autant moins l'être que toute résolution volontaire se soumet toujours à un contrôle des conditions ayant présidé à sa mise en œuvre, ne serait-ce que par celui minimal de l'abus droit, et il faut bien que ce soit encore l'obligation disparue qui fonde ce contrôle ainsi que l'attribution consécutive et

(188) Et encore avec une certaine imprécision : v. *supra*, n° 2, *in fine*, spéc. note 20.

(189) V. en ce sens Ch. TOULLIER, *op. cit.* (*supra*, note 124), n° 497, p. 525 ; Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXV, préc. (*supra*, note 124), n° 328, p. 322 : « c'est que, en effet, la condition résolutoire n'empêche pas l'obligation de se former actuellement » ; F. LAURENT, *op. cit.* (*supra*, note 42), n° 65, pp. 79-80 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *op. cit.* (*supra*, note 143), n° 783, p. 21 : « Malgré la généralité de ces termes, l'art. 1174 ne concerne que la condition suspensive. » ; puis « la condition qu'on appelle inexactement résolutoire tient seulement en suspens la résolution de l'obligation. Lors donc qu'elle est purement potestative de la part du débiteur, elle ne peut pas empêcher la formation de lien, puisque ce n'est pas relativement à cette formation qu'elle a été stipulée. » ; A. WAHL, note sous Civ., 2 mai 1900, S. 1901, I, p. 218 : « Le créancier sous condition résolutoire ayant [...] le droit d'agir tant que la condition n'est pas accomplie, le contrat soumis à une condition résolutoire potestative a, jusqu'à l'accomplissement de la condition, tous les effets d'un contrat définitif. » A.-R. THÉODORESCO, *op. cit.* (*supra*, note 124), p. 77 : « quand la condition purement potestative est résolutoire, elle pourra bien permettre au débiteur d'anéantir rétroactivement l'obligation, mais elle ne lui donne pas le moyen d'empêcher le lien d'obligation de se former. La condition résolutoire n'affecte pas l'obligation même. — [Elle] tient seulement en suspens la résolution de l'obligation. Elle ne peut pas empêcher le lien de droit de se former, parce que ce n'est pas relativement à cette formation qu'elle a été stipulée. » ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.* (*supra*, note 42), n° 1028, p. 377. *Contra* : A.-M. DEMANTE et E. COLMET DE SANTERRE, *op. cit.* (*supra*, note 44), n° 94 bis, III, pp. 147-148 ; J.-J. TAISNE, *op. cit.* (*supra*, note 121), n° 93, pp. 141-142, et n° 114, pp. 172-173 ; puis in *J.-Cl. Civ.*, Art. 1168 à 1174, fasc. 40 à 43, « Obligations conditionnelles – Caractères de la condition », 2004, n° 48, p. 12, au motif qu'un consentement révocable ne serait pas un consentement sérieux. À quoi l'on peut rétorquer que ce n'est pas ici le consentement qui est révocable mais l'engagement déjà conclu (pour la différence, v. *supra*, n° 219) ; qu'une volonté faisant défaut de cet autre chef entraînera l'inexistence du contrat pour réserve de non-engagement et non pour simple potestativité (v. *supra*, n° 154) ; enfin, et surtout, que rien n'impose de présumer que le *potentior* n'ait pas voulu contracter : il a voulu une convention qui produise ses effets un certain temps jusqu'à ce qu'il en décide autrement, ce qui n'est pas exactement la même chose.

éventuelle des dommages-intérêts : à défaut d'obligation, où viendrait se loger la faute ? La fragilité d'un contrat n'équivaut décidément pas à son inexistence⁽¹⁹⁰⁾.

Les choses se présentent différemment pour la condition suspensive, qui ne suppose pas d'être actionnée pour anéantir l'engagement mais, tout au contraire, de demeurer en son état jusqu'à défaillir par expiration de son délai de réalisation⁽¹⁹¹⁾. Surtout, et cela s'en déduit, l'obligation suspendue à cette condition n'est plus celle que menaçait la condition résolutoire, au point qu'elles s'opposent sur l'essentiel : alors que l'obligation assujettie au risque de résolution vaut jusqu'à nouvel ordre, et reste par conséquent exigible *pendente conditione* (C. civ., art. 1183, al. 2), celle qui se soumet à une condition suspensive demeure en un état de latence qui l'empêche de produire son effet (art. 1181, al. 2).

Ce en quoi la question de l'inexistence se pose plus pertinemment lorsqu'elle concerne la formation d'une obligation que l'un des contractants a le pouvoir de retarder indéfiniment, et ce en particulier si la réalisation de la condition dépend de son intervention, la seule abstention suffisant alors à condamner le contrat. En ce dernier cas au moins, on peut bien estimer en effet que l'engagement est en réalité inexistant, puisqu'il supposera une nouvelle action volontaire du *potentior*, laquelle équivaudra à une réitération de son consentement. Et si celle-ci est nécessaire, c'est que sa première expression n'y suffisait pas, d'où l'on pourrait déduire qu'elle n'avait pas formé le contrat. Ce raisonnement suppose toutefois que l'événement attendu ne puisse se produire casuellement car, à défaut, le contrat ne serait plus soumis à la réitération d'un consentement mais à une simple abstention de ce contractant, laquelle ne s'analyse normalement pas en une volition. Dans l'hypothèse donc où le contractant a seulement le pouvoir d'empêcher la réalisation de la condition suspensive, sans que son abstention suffise à y mettre obstacle, on est bien en présence d'une obligation conditionnelle susceptible d'être anéantie avant de produire son effet, mais, comme pour la condition résolutoire, cette seule menace n'autorise pas à ignorer l'existence de l'engagement, dût-il être ici conditionnel.

À quoi se réduit finalement le domaine de l'inexistence pour potestativité : à l'hypothèse de l'obligation contractée sous une condition suspensive potestative dont la réalisation nécessite l'intervention volontaire d'un contractant⁽¹⁹²⁾. Et encore cette inexistence doit-elle être elle-même relativisée. Car le report de la formation du contrat définitif ne fait pas obstacle à la formation immédiate d'un avant-contrat, qu'il s'agisse d'une promesse unilatérale qui engagerait déjà le contractant soumis au pouvoir du *potentior*, ou d'un simple

(190) Ce qui n'empêchera pas, une fois cette existence reconnue, de sanctionner cependant l'obligation de nullité au regard justement de sa trop grande fragilité : v. *infra*, n° 291.

(191) Le contractant peut toujours en provoquer plus tôt la défaillance, si cela est en son pouvoir, mais l'hypothèse ne s'impose pas : ce qui importe, c'est qu'il puisse s'opposer efficacement et perpétuellement à la réalisation de la condition suspensive. V. déjà *supra*, *eod. num., in limine*.

(192) C'est ce que l'on veut dire lorsque l'on enseigne que la condition ne peut porter sur un élément essentiel du contrat : vendre sous la condition de réitérer son consentement, c'est projeter de former une vente restant à conclure ; vendre sous la condition que la chose vendue existe, c'est vendre pour le jour où elle existera, sans rétroactivité possible ; etc.

accord de principe si le cocontractant est lui aussi admis à réitérer son consentement⁽¹⁹³⁾. S'il y a donc inexistence, ce n'est qu'à l'égard d'un contrat spécialement qualifié, qui est l'accord définitif, et non pas envers tout contrat absolument⁽¹⁹⁴⁾.

Il serait parfaitement possible d'estimer ainsi que l'agréage, qui met obstacle à la formation de la vente (C. civ., art. 1587)⁽¹⁹⁵⁾, organiserait néanmoins celle d'une promesse unilatérale de vente convenue au profit de l'acquéreur⁽¹⁹⁶⁾. Le pacte de préférence

(193) Un avant-contrat, et une promesse singulièrement, n'équivaut pas en effet à un contrat sous condition : son objet étant de laisser aux parties ou à l'une d'elles le soin de compléter la formation du contrat définitif en lui apportant un élément essentiel, consistant en l'occurrence dans son consentement, ce dernier contrat n'est encore qu'éventuel. Sur cette distinction entre promesse unilatérale et contrat sous condition potestative, v. not. M. PLANIOL, *op. cit.* (*supra*, note 36), n° 1405, p. 474 ; E. LEDUC, *Les avant-contrats*, th. Paris, 1909, pp. 30-39 ; J.-M. VERDIER, *Les droits éventuels*, th. Paris, 1954, A. Rousseau, 1955, n° 340, p. 273 ; J.-J. TAISNE, *op. cit.* (*supra*, note 121), n°s 249 à 253, pp. 351-355. Si bien que, à la différence d'un contrat conditionnel, l'occurrence de l'événement, qui tient ici dans la réitération de la volonté, ne rétroagira pas au jour de la formation de l'avant-contrat : Req., 1^{er} août 1924, *DP* 1925, I, p. 23 ; Civ., 21 nov. 1949, *JCP* 1950, II, 5255, obs. R. Cavarroc. On se rappelle pourtant que la jurisprudence n'a pas toujours clairement vu la différence, des arrêts anciens ayant pu assimiler des promesses unilatérales à des ventes sous condition potestative : v. par ex. Civ., 25 nov. 1896, *DP* 1897, I, p. 34, concl. A. Desjardins ; S. 1897, I, p. 76, qui valide une promesse d'achat au motif que la condition potestative profitait au vendeur jugé créancier. Et l'amalgame se rencontre aussi chez quelques auteurs : v. par ex. Th. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. X, F. Pichon, 1897, n°s 27 à 31, pp. 46-51 ; R. DEMOGUE, « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *RTD civ.* 1905, pp. 723-791, spéc. p. 757 ; H. EYGOUT, *op. cit.* (*supra*, note 147), n° 15, pp. 22-23 ; R. FILDERMAN, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, th. Paris, 1935 ; L. BOYER, « Les promesses synallagmatiques de vente – Contribution à la théorie générale des avant-contrats », *RTD civ.* 1949, pp. 1-35, spéc. n° 26, pp. 24-25 ; B. CÉLICE, *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, th. Paris, 1965, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 84, 1968, n° 423, p. 229.

(194) V. not. en ce sens Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXV, préc. (*supra*, note 124), n° 325, pp. 318-319 : « Aussi, ne prétendons-nous pas que la convention synallagmatique soit, dès ce moment, formée. – Ce que nous disons, c'est qu'une obligation unilatérale a été contractée par l'une des parties envers l'autre, et que rien ne s'oppose à ce que cette obligation soit valable » ; F. LAURENT, *op. cit.* (*supra*, note 42), n° 64, p. 79 ; L. LAROMBIÈRE, *op. cit.* (*supra*, note 132), art. 1174, n° 12, p. 360 : « Ce n'est pas qu'il n'existe déjà une convention régulièrement formée ; car il n'est pas exacte de prétendre, en présence de l'accord formel des volontés, qu'il n'existe point de contrat et qu'il n'en existera réellement que lorsque la condition potestative sera accomplie. Seulement, il n'y a point encore d'obligation de la part du promettant qui a déclaré ne s'engager que sous une condition de cette nature. » ; J.-J. TAISNE, art. préc. (*supra*, note 189), n° 51, pp. 12-13 ; F. COLLART DUTILLEUL, *op. cit.* (*supra*, note 164), n° 200, p. 109 : « Si l'acquéreur peut arbitrairement réaliser ou faire défaillir seul la condition, il a une maîtrise parfaite du contrat qu'il peut parfaire ou anéantir à volonté, ce qui contredit l'idée même qu'il est véritablement engagé. Or, s'il n'est pas engagé, son consentement ne saurait être érigé en événement conditionnel, d'où la qualification du contrat en promesse unilatérale. » ; S. VALORY, « Potestativité et requalification du contrat », *Dr. & Patr.*, juin 1999, pp. 72-75, spéc. p. 75 ; W. DROSS, art. préc. (*supra*, note 126), n° 5, p. 703, puis n° 19, p. 711 : « Aujourd'hui, lorsque les parties concluent un contrat synallagmatique sous la condition que l'une d'elles ne sera obligée qu'ultérieurement, et si elle le veut bien, on peut gager que ce n'est pas un contrat sous condition potestative qu'elles ont voulu passer, mais bien une promesse unilatérale de contrat. »

L'analyse justifie que l'on ne puisse plus arguer de l'inefficacité du contrat définitif une fois l'option levée par le *potentior*. D'où la disposition de l'article 1175 de l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription remis au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005, qui exclut toute nullité lorsque le débiteur a réalisé la condition.

(195) Voyant dans la vente à l'agréage une vente sous condition potestative : J. CHEVALLIER, *RTD civ.* 1968, p. 147 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Obligations*, préc. (*supra*, note 154), n° 1041, p. 1094 ; B. DONDERO, art. préc. (*supra*, note 156), n° 37, p. 692 ; W. DROSS, art. préc. (*supra*, note 126), n°s 15 à 20, pp. 707-711.

(196) En ce sens, v. par ex. R. DEMOGUE, « Des contrats provisoires », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, pp. 159-169, spéc. pp. 167-168 ; P. SABATHIER, « La promesse de contrat », in *La formation du contrat – L'avant-contrat*, 62^e Congrès des notaires de France, Perpignan, juin 1964, impr. A. Rey, Lyon, pp. 91-195, spéc. p. 98. Rapp. 3^e civ., 21 nov. 1984, *Bull.*, III, n° 198 ; *RTD civ.* 1985, p. 591, obs. Ph. Rémy, censurant une cour d'appel pour avoir refusé de qualifier de promesse unilatérale de vente la

constituerait lui-même, selon certains auteurs, une vente sous condition suspensive potestative *ex parte domini*, considérant que le propriétaire s'engage en effet à céder son bien pour le cas où il se déciderait à vendre⁽¹⁹⁷⁾.

Mais cette solution ne peut tout au plus consister qu'en une présomption. Car les parties peuvent aussi bien n'avoir voulu conclure aucun engagement, même préparatoire. Et elles peuvent à l'inverse avoir voulu plus qu'un avant-contrat en recherchant véritablement à ne former qu'une seule convention, sous une condition suspensive potestative, sans que son existence puisse être alors contestée. C'est bien en cela que la vente à l'essai se distingue de la vente à l'agréage, considérant que celle-là « *est toujours présumée faite sous une condition suspensive* » (C. civ., art. 1588), laquelle est alors nécessairement potestative. Et il en va de même pour toute autre hypothèse de contrat subordonné à un agrément émanant de l'une de ses parties.

Techniquement, la différence s'explique par le fait que la seconde déclaration ne se prononce plus à titre principal, auquel cas elle formerait un accord autonome, succédant au mieux à un avant-contrat, mais à titre accessoire d'un unique contrat déjà constitué sous cette condition. La nouvelle volition opère alors comme ratification de la convention pour rétroagir au jour de sa formation⁽¹⁹⁸⁾, ce qui postule que la condition potestative porte sur le contrat plutôt que sur le consentement même⁽¹⁹⁹⁾. C'est à ce premier égard que vaut la

convention par laquelle le vendeur s'était engagé à vendre « *sous la condition suspensive que l'acquéreur confirme dans un délai d'un mois son intention définitive d'acquérir* ».

(197) Pour cette qualification du pacte de préférence : W. DROSS, art. préc. (*supra*, note 126), n° 18, note 53, pp. 710-711. Rapp. 3^e civ., 15 janv. 2003, *Bull.*, III, n° 9 (*D.* 2003, p. 1190, note H. Kenfack ; *JCP* 2003, II, 10129, note E. Fischer-Achoura ; *Deffrénois* 2003, art. 37767, n° 56, p. 852, obs. R. Libchaber ; *RDC* 2003, p. 45, obs. D. Mazeaud ; *CCC* 2003, n° 71, note L. Leveneur), qui reconnaît cette potestativité du pacte de préférence, tout en écartant la nullité de l'article 1174 au motif critiquable, et critiqué, que le pouvoir n'appartiendrait en l'occurrence pas au débiteur, alors que celui qui promet de céder son bien est bien le débiteur de la promesse. Simplement, on peut valablement vouloir s'engager sous une condition suspensive potestative. De cette analyse, il apparaît cependant que la condition potestative constitutive du pacte de préférence affecte moins la vente même que la promesse qui la précède, le propriétaire promettant immédiatement de céder son bien à ce bénéficiaire sous la condition de vouloir vendre le moment venu. En ce sens exactement : 3^e civ., 16 mars 1994, *Bull.*, III, n° 58 ; *D.* 1994, p. 486, note A. Fournier ; *Deffrénois* 1994, art. 35897, n° 128, p. 1164, obs. L. Aynès ; *PA* 1^{er} mai 1995, p. 6, note M.-H. Monsérié, et 12 févr. 1996, p. 9, note J. Casey et G. Lejeune. Et déjà E. LEDUC, *op. cit.* (*supra*, note 193), pp. 235-236 ; H. LALOU, « Les pactes de préférence », *DH* 1929, chr., p. 41 ; J. HAMEL, in *Traité pratique de droit civil français*, dir. G. Ripert, préc. (*supra*, note 42), t. X, *Contrats civils*, 1956, n° 184, p. 217 ; E. BECQUÉ, note sous CA Aix-en-Provence, 20 févr. 1950, *JCP* 1950, II 5501 ; E. FRANK, note sous 3^e civ., 4 mars 1971, *D.* 1971, p. 358 ; P. FIESCHI-VIVET, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, nos 111 et 112, pp. 162-166 ; J.-L. AUBERT, « Brèves remarques sur l'éventualité d'un revirement de jurisprudence en matière de publicité des pactes de préférence », *D.* 1980, chr., p. 41. *Contra* : F. COLLART DUTILLEUL, *op. cit.* (*supra*, note 164), nos 88 et 89, pp. 50-51 ; M. DAGOT, *Le pacte de préférence*, Litec, 1987, n° 14 et s., p. 5 et s., qui réfutent toute identité de nature entre le pacte de préférence et la promesse unilatérale. Rapp. égal. P. VOIRIN, « Le pacte de préférence », *JCP* 1954, I, 1192, nos 3 et 4 ; et J.-J. TAINES, *op. cit.* (*supra*, note 121), n° 350, p. 487, qui y voient une promesse de préférence plutôt que de vente. Et de fait, il est bien vrai que, le plus souvent au moins, le pacte de préférence ne s'analyse pas tant comme une promesse conditionnelle que comme un accord de principe conditionnel : v. *infra*, n° 347.

(198) Sur cette rétroactivité de la condition potestative, v. par ex. A. DURANTON, *op. cit.* (*supra*, note 124), t. XVI, n° 53, p. 78 ; F. LAURENT, *op. cit.* (*supra*, note 42), n° 86, pp. 104-106 ; L. LAROMBIÈRE, *op. cit.* (*supra*, note 132), art. 1174, n° 14, p. 361 ; H. EYGOUT, *op. cit.* (*supra*, note 147), nos 160 à 162, pp. 127-128.

(199) Car, lorsque la condition potestative porte sur le consentement, elle fait nécessairement obstacle à cette volonté et, par voie de conséquence, à l'existence du contrat : v. *supra*, nos 157 et 204. Déclarer que l'on

(suite p. suiv.)

distinction précédemment établie entre condition potestative *in voluntate* et condition potestative *in facto*⁽²⁰⁰⁾. Une modalité qui consisterait en une réitération pure et simple du consentement, telle que la figure la condition *si voluero*, tend par nature à exprimer le consentement à titre principal et à s'opposer par conséquent à toute existence, même conditionnelle, du contrat envisagé⁽²⁰¹⁾. Au contraire, l'événement qui vise un fait volontaire mais distinct d'une pure réitération autorise à présumer que les parties ont peut-être bien voulu, somme toute, conclure leur contrat tout en le soumettant à une condition suspensive potestative⁽²⁰²⁾. C'est en ce sens seulement que l'on peut affirmer que la condition purement potestative entraîne l'inexistence de l'obligation qu'elle affecte, tandis que la condition simplement potestative n'est pas réputée y faire obstacle.

Une triple distinction paraît finalement devoir expliquer l'effet de la condition purement potestative sur la convention. Si cette condition porte sur la volonté même de s'engager⁽²⁰³⁾, elle fait nécessairement obstacle à ce consentement et, par voie de conséquence, à l'existence de tout contrat. Si elle porte sur un accord à venir ou sur un élément de celui-ci⁽²⁰⁴⁾, on présume encore son caractère constitutif, en sorte que le contrat visé est toujours inexistant mais sans s'opposer cette fois à la formation d'un avant-contrat, lequel permettra notamment de lier déjà l'autre partie. Et si, enfin, il est une raison pour renverser cette présomption et démontrer que les parties ont véritablement souhaité ne conclure qu'un seul contrat, sous cette modalité⁽²⁰⁵⁾, alors elles auront formé un engagement qui existera

s'engage sous réserve de confirmer son intention n'équivaut pas à consentir définitivement à un contrat que l'on soumet à une condition potestative : dans le premier cas, aucun contrat n'est formé faute de volonté ferme ; dans le second, il y a une volonté ferme de constituer un engagement conditionnel, même potestatif. La nuance peut apparaître pratiquement subtile, mais elle ne fait que traduire le fait que les parties peuvent parfaitement, si elles l'ont vraiment voulu, contracter sous condition potestative, et que le tout réside dans l'interprétation de leur volonté.

(200) V. *supra*, n° 281, *in medio*, et n° 286, où l'on a proposé de qualifier la première de *purement potestative* et la seconde de *simplement potestative*.

(201) Pour autant qu'il soit ici entendu qu'il s'agisse bien d'une condition, et non d'un terme ainsi qu'on le présume ordinairement : v. *supra*, n° 280. En toute hypothèse cependant, la solution ne fait que se fonder sur la volonté présumée des parties et n'a donc rien de nécessaire. Un agrément est ainsi une forme de condition « *si je veux* », et il n'empêche pourtant pas la formation conditionnelle du contrat qu'il affecte. Car, strictement entendue, la notion d'agrément postule justement que celui-ci ne soit pas donné à titre principal, ni donc en confirmation d'un consentement resté jusqu'alors insuffisant, mais à titre accessoire d'un contrat déjà formé, portant ainsi sur un objet extérieur à cette volonté : v. *supra*, n°s 158 et 159.

(202) Une vente conclue sous la condition que le vendeur réitère son consentement resterait donc en réalité inexistante, au moins par présomption. Mais celle formée sous la condition que ce même vendeur trouve un successeur à son acquéreur l'est bel et bien sous une condition potestative, puisque, s'il lui suffit de ne rien faire pour empêcher la perfection de la vente, il n'en demeure pas moins que les parties à l'acte ont probablement voulu la conclure sous cette condition.

Pour être tout à fait précis cependant, et pour introduire à l'autre sanction qui menace une telle convention, on présumera que les parties ont bien voulu soumettre leur accord à une condition suspensive, mais pas nécessairement qu'elles aient en outre voulu que cette condition soit potestative : v. *infra*, n° 291, spéc. note 221. Ce n'est que cette autre présomption renversée, une fois donc établi qu'il n'était pas fait obligation au vendeur de rechercher un autre acquéreur, que l'on pourra conclure à l'existence véritable d'une convention formée sous une condition potestative.

(203) Telle que : « *Je consens sous la réserve de réitérer ce consentement* ». C'est l'hypothèse déjà rencontrée de la réserve de non-engagement : v. *supra*, n° 157.

(204) Telle que : « *Je consens à conclure un contrat qui sera subordonné à la réitération de mon consentement* ».

(205) Telle que : « *Je conclus d'ores et déjà un contrat conditionné à une nouvelle expression de ma volonté* ».

nonobstant sa sujétion à une condition suspensive purement potestative. Le contrat existant sous cette condition laissera toutefois entière la question de sa validité, et autorisera par conséquent à interroger le principe qui voudrait en prescrire la nullité.

B - LE PRINCIPE TEMPÉRÉ DE LA NULLITÉ

291. La nullité de l'obligation – L'argument est ici que le pouvoir du contractant sur la réalisation de la condition contredirait, non plus l'existence de l'obligation, mais la notion même de condition, en ce que l'événement laissé à la décision de l'une des parties manquerait de l'incertitude nécessaire à cette qualification⁽²⁰⁶⁾. Le raisonnement est un peu rapide pourtant : qu'un contractant puisse forcer l'occurrence de l'événement n'implique pas qu'il agira forcément en ce sens le moment venu, même si son intérêt l'y poussera selon qu'il est débiteur ou créancier. Confondre l'un à l'autre, c'est faire une certitude d'une simple probabilité.

Fort de ce constat, il est parfois alors ajouté à la définition de la condition que celle-ci devrait forcément être casuelle en plus d'être incertaine. Mais en posant pour acquis ce que l'on tente de démontrer, cette autre assertion relève de la pure pétition de principe. Surtout, elle contredit les usages les mieux établis : à suivre cette proposition, on ne pourrait plus même parler de condition potestative, et la notion de condition casuelle n'exprimerait de son côté qu'un pur pléonisme. Le Code civil lui-même ne laisse d'ailleurs pas cette liberté, l'article 1168 ne prêtant à la définition de la condition que le critère de l'incertitude, tandis que les dispositions suivantes la subdivisent entre ses deux espèces que sont la condition casuelle, d'une part, et la condition potestative, d'autre part.

Manquant l'une et l'autre de ces explications, la nullité de la condition potestative sollicite souvent l'idée plus générale d'illicéité. Mais de deux choses l'une alors : soit cette illicéité intervient pour sanction de l'une des causes qui précèdent, et elle s'en trouve aussi mal fondée, soit elle prétend s'avancer sur une raison nouvelle, et elle oublie de la donner. Se poserait toujours ainsi la question de savoir pourquoi l'obligation contractée sous une condition potestative devrait être tenue pour illicite.

Si l'on doit prononcer la nullité de cette obligation, un meilleur fondement paraît pouvoir être avancé : l'engagement conditionné à un événement potestatif serait nul pour cette raison qu'il ne correspondrait pas à l'intention des parties. Présument que celles-ci ont voulu une condition casuelle, sa potestativité remettrait en cause la nature de l'obligation. Le hasard n'ayant plus aucune part dans l'existence de l'engagement, c'est son objet même qui s'en trouverait contrarié, de sorte que la nullité interviendrait alors en sanction d'une

(206) V. not. B. CÉLICE, *op. cit.* (*supra*, note 193), n° 411 : « rien n'est plus étranger à une condition, événement futur et incertain, que la volonté qui, en permanence, dépend de l'individu » ; J.-J. TAISNE, *op. cit.* (*supra*, note 121), n° 182, p. 256 ; J. CARBONNIER, *Les Obligations*, préc. (*supra*, note 97), n° 135, pp. 262-263 ; S. VALORY, *op. cit.* (*supra*, note 118), nos 157 et 158, pp. 98-99.

impossibilité matérielle⁽²⁰⁷⁾. Ce qui justifie autant que l'illicéité le caractère absolu de cette nullité⁽²⁰⁸⁾, de même que la caducité de l'obligation qui aurait été soumise à une condition casuelle devenue entre-temps potestative⁽²⁰⁹⁾.

Le raisonnement postule donc que la condition ne soit pas ouvertement potestative car, si tel avait été le cas, l'existence du pouvoir n'aurait pas pu échapper à la connaissance des parties, en sorte qu'il faudrait bien valider une convention alors conforme à leur volonté⁽²¹⁰⁾. D'où, à nouveau, l'intérêt de distinguer selon que la condition potestative l'est *in ipsa et mera voluntate* ou simplement *in facto a voluntate pendente* : si la modalité s'exprime sous la forme « *si je veux* » ou toute autre assimilée, les contractants auront manifestement voulu s'engager sous une telle condition, si bien qu'il n'y aura aucune raison de ne pas s'en tenir à leur volonté ; si en revanche la condition réside dans un fait qui, pour être volontaire, ne se confond pas entièrement à une pure volition, il deviendra possible de présumer que les parties auront éventuellement pu ignorer ce pouvoir⁽²¹¹⁾, et d'annuler en conséquence leur convention. Ces conditions *in facto*, ou simplement potestatives selon la

(207) Rapp. A. WAHL, note sous Civ., 2 mai 1900, *S.* 1901, I, p. 217 : « la nullité prononcée par l'art. 1174, C. civ., dérive exclusivement d'une impossibilité matérielle [...] L'art. 1174 n'a donc fait que donner une solution imposée par la nature des choses ; il n'a pas considéré la condition potestative comme illicite ou immorale. » Même si l'auteur mêle à ce fondement celui tiré de l'inexistence de l'obligation ainsi conditionnée, sans opérer la distinction ici proposée : v. *supra*, n° 289, spéc. note 178.

(208) Ce caractère absolu de la nullité fulminée par l'article 1174 est le plus communément reçu. V. par ex. J.-J. TAISNE, *op. cit.* (*supra*, note 121), n° 126, p. 189 ; S. VALORY, *op. cit.* (*supra*, note 118), n° 81, p. 63. Et en jurisprudence : Soc., 9 juill. 1996, *Bull.*, V, n° 269. On observe néanmoins que le mouvement actuel de privatisation de la sanction ne sévit pas moins ici qu'ailleurs, si bien qu'il se trouve de plus en plus de voix pour défendre l'idée que cette nullité pourrait venir rejoindre à son tour toutes celles que l'on a récemment ravalé au rang de nullité relative. En ce sens déjà : G. GOUBEAUX, « Remarques sur la condition suspensive stipulée dans l'intérêt exclusif de l'une des parties », *Defrénois* 1979, art. 31987, pp. 753-763, n° 5, p. 757 : « Plus que le reproche classique de défaut de consentement sérieux, c'est le souci de protection du cocontractant qui tout à la fois fonde l'annulation et en détermine le domaine ». Et encore depuis : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.* (*supra*, note 153), n° 298, pp. 261-262 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.* (*supra*, note 152), n° 1317, p. 703. On peut toutefois espérer que, en supprimant le premier intérêt qui s'attachait à cette qualification, l'alignement des délais d'action opéré par la récente réforme de la prescription civile (C. civ., art. 2224, rédact. L. 2008-561 du 17 juin 2008) aura aussi dissipé le voile dont on a fini par recouvrir cette question.

(209) Et la logique devient alors réversible : s'il est établi que les parties ont voulu une condition potestative qui s'avère finalement casuelle, le contrat devrait également disparaître par nullité ou par caducité.

(210) Dans la mesure où cette convention ne fut pas inexistante par ailleurs, soit que cette autre présomption ait déjà été renversée, soit que l'on traitât de l'avant-contrat qui la précédait, soit encore qu'il fût ici question d'une condition résolutoire. Sur tous ces cas d'existence de l'obligation sous condition purement potestative, v. *supra*, n° 290.

Pour cette validation de l'obligation sous condition potestative dès lors que les parties ont effectivement voulu conférer ce pouvoir à l'une d'elles : G. GOUBEAUX, art. préc. (*supra*, note 208), n° 7, p. 761, qui remarque que l'annulation systématique pour potestativité « *reviendrait à frapper de nullité toutes les promesses unilatérales de vente, au motif que le bénéficiaire, qui a toute liberté d'acheter ou non, ne s'est pas engagé !* » ; S. VALORY, art. préc. (*supra*, note 194), p. 75, dans la même hypothèse. Et déjà AUBRY et RAU (*op. cit.* (*supra*, note 42), § 302, p. 67, qui notent que « *rien n'empêche que, dans les contrats parfaitement synallagmatiques, l'une des parties ne soit valablement obligée, bien que l'engagement corrélatif de l'autre n'ait été contracté que sous une potestative de sa part. Seulement cette dernière ne pourra-t-elle réclamer l'exécution de l'obligation contractée à son profit, sans exécuter de son côté son propre engagement.* »

(211) Pour autant que ce pouvoir n'apparaisse pas clairement. Car il est des conditions qui, pour porter sur un fait autre qu'une stricte réitération de la volonté, n'en sont pas moins manifestement potestatives. Simplement, il pourra arriver que ce pouvoir se dissimule, alors que celui visé par une condition *in voluntate* avance toujours en pleine lumière.

terminologie précédemment adoptée⁽²¹²⁾, étant pratiquement les seules posant problème et comme telles envisagées⁽²¹³⁾, on en a déduit un principe général de nullité des obligations contractées sous une condition potestative, aujourd'hui inscrit à l'article 1174 du Code civil.

Mais cette présomption de nullité pour ignorance de la potestativité doit toujours pouvoir être renversée. S'il est établi que les parties ont su que l'une d'elles disposait du pouvoir de forcer la réalisation ou la défaillance de la condition et qu'elles ont voulu le lui conférer, il ne sera plus aucune raison pour refuser de prêter effet à leur accord⁽²¹⁴⁾. On le concédera notamment dans l'hypothèse où le fait, et son caractère potestatif, revêtirait un intérêt particulier dans l'économie du contrat⁽²¹⁵⁾, ou encore lorsque son usage entraînerait un coût excessif pour le *potentior*. C'est ce dernier critère qui justifie que l'on puisse valider la clause de retour à meilleure fortune, lors même qu'elle ne s'analyserait pas en terme suspensif mais bien en condition, dans la mesure donc où l'écoulement du temps libérera le débiteur de son paiement plutôt qu'il ne l'y contraindra⁽²¹⁶⁾. Sauf cas très particulier en effet, il est peu probable que le *potentior* s'empêche de recouvrer fortune pour obvier au paiement de sa dette, en sorte qu'il devient alors possible d'admettre que les contractants ont pu vouloir conférer à ce débiteur un pouvoir dont l'exercice s'avère aussi coûteux⁽²¹⁷⁾. De même, dès lors que cet exercice fait l'objet d'une contrepartie due au cocontractant, il sera bien entendu que les parties auront connu et voulu cette *potestas*. Ce qui fonde au premier chef la validité des clauses de dédit stipulées contre indemnité, non pas que celle-ci constituât une condition de validité matérielle du dédit, mais simplement parce qu'elle établira que le caractère potestatif de la condition fut bien connu

(212) V. *supra*, n° 286.

(213) Au point que l'on l'enseigne parfois que les conditions *si voluero* n'auraient même pas été historiquement comprises comme conditions : v. *supra*, n° 281, spéc. note 129. Ce qui demeure en tout cas, c'est que ces autres conditions traduisent le plus souvent l'existence d'un avant-contrat dont on ne discute pas la validité : v. *supra*, n° 290, spéc. note 201.

(214) V. en ce sens S. GJIDARA, art. préc. (*supra*, note 156), p. 8, n° 33 : « En définitive, le fait que l'une des parties s'en remette à la discrétion de son cocontractant apparaît comme la simple expression du principe de liberté contractuelle » ; B. DONDERO, art. préc. (*supra*, *ibid.*), n° 53, p. 696, qui réserve seulement l'hypothèse dans laquelle la condition serait stipulée en faveur d'un professionnel au détriment du consommateur, auquel cas s'y joindrait en effet la présomption de son caractère abusif : C. consom., art. R. 132-2, 1° (rédict. décr. 2009-302 du 18 mars 2009). Le raisonnement ici à l'œuvre interdit donc à l'une ou l'autre des parties de prétexter, comme on le voit souvent, de la potestativité connue et acceptée de la condition pour se soustraire à son engagement.

(215) Ce qui vise notamment le cas de la promesse prise de rémunérer autrui pour le préjudice qu'on lui occasionnerait en décidant de réaliser quelque opération avantageuse. Sur cette hypothèse, v. déjà *supra*, n° 281, spéc. note 132, et les auteurs cités.

(216) Sur cette dualité de la clause de retour à meilleure fortune, v. déjà *supra*, n° 280, *in fine*.

(217) Pour cette validation de la clause de retour à meilleure fortune sous la qualification de condition, v. explicitement S. VALORY, *op. cit.* (*supra*, note 118), n° 498, pp. 298-299. Et implicitement au moins : Com., 1^{er} mars 1988, *Bull.*, IV, n° 88 ; puis 1^{re} civ., 20 nov. 1990, *Bull.*, I, n° 255 ; RTD civ. 1991, p. 333, obs. J. Mestre, qui reproche à la cour d'appel d'avoir annulé la clause de retour à meilleure fortune au visa de l'article 1174 et d'avoir conséquemment condamné le débiteur au paiement, alors qu'une telle clause était valable et imposait aux juges de rechercher si la situation de l'intéressé s'était effectivement améliorée avant de lui imposer des délais de paiement. Rapp. à propos du débiteur en surendettement, tenu de rembourser ses créanciers dans la seule mesure où il le pourra, d'après 1^{re} civ., 9 févr. 1994, *Bull.*, I, n° 59 : « si, avant le terme assigné aux mesures prononcées, il est manifeste que, par suite d'un fait nouveau, le débiteur n'est plus en situation de surendettement, les créanciers peuvent, même en l'absence dans la décision d'une clause de retour à meilleure fortune, toujours sous entendue, demander mainlevée de ces mesures ».

et accepté des deux parties⁽²¹⁸⁾. Le coût associé à la disparition de l'obligation doit toutefois être supérieur pour le débiteur qui l'aura provoquée à la seule perte de la prestation attendue en contrepartie, car ce simple manque à gagner, équivalent de la dette disparue, ne suffirait pas à détourner le *potentior* de son pouvoir. Il ne suffira donc pas de relever le caractère synallagmatique de l'engagement pour valider celui-ci en dépit de sa sujétion à une condition potestative : il importera toujours d'établir que les parties, et le cocontractant singulièrement, ont eu conscience de soumettre son existence à la décision de l'une d'entre elles⁽²¹⁹⁾.

Où l'on observe que le jeu des présomptions s'inverse selon que l'on interroge l'existence ou la validité du contrat. En présence d'une condition purement potestative, de type *si voluero*, on présumera le contrat inexistant, mais, celui-ci établi, sa validité ne sera pas discutée ; la condition simplement potestative au contraire, celle tenant dans un fait volontaire autre que pure volition, autorise à constater l'existence du contrat, mais pour l'invalidiser aussitôt, en sorte que ce sera alors cette autre présomption qu'il s'agira de renverser. En somme, on déduit de la condition *in voluntate* que les parties ont souhaité la potestativité mais pas la condition⁽²²⁰⁾, tandis que la condition *in facto* suppose à l'inverse que les parties auront bien voulu la condition mais pas sa potestativité⁽²²¹⁾. Selon que la condition est purement ou simplement potestative, donc, l'obligation faillira par inexistance ou par nullité⁽²²²⁾.

Sur ce fondement, il ne devrait y avoir aucune raison de valider l'engagement au seul motif que le *potentior* serait créancier de l'obligation ainsi conditionnée. Les parties peuvent aussi bien avoir ignoré le pouvoir du créancier que celui du débiteur, et ce dernier se trouver ainsi contrarié dans sa volonté de s'engager au titre d'une obligation incertaine et casuelle. À en suivre sa lettre, pourtant, l'article 1174 du Code civil ne paraît guère laisser de place à la discussion qui ne sanctionne de nullité que l'obligation « *contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige.* »⁽²²³⁾ Mais l'article 1108 exige

(218) En ce sens encore : S. VALORY, *op. cit.* (*supra*, note 118), n° 482, p. 290. Et pour la validation d'obligations souscrites sous condition potestative au motif de l'existence d'une telle contrepartie : Com., 30 nov. 1988, pourvoi n° 87-14024 ; CA Paris, 30 mars 1995, *Juris-Data*, n° 022 440.

(219) V. not. en ce sens J.-J. TAISNE, *op. cit.* (*supra*, note 121), n° 94, pp. 147-148, et n° 115, pp. 174-175 ; puis art. préc. (*supra*, note 189), n°s 46 et 47, pp. 11-12. Pour la nullité du contrat synallagmatique grevé d'une condition potestative, v. les auteurs et décisions précités, *supra*, note 179.

(220) Ce qui permet de présumer, une fois la qualification de terme écartée (v. *supra*, n° 280), que les parties qui conviennent de vendre sous la condition que le vendeur réitère son consentement ont bien souhaité confier au vendeur le pouvoir de former la convention, mais pas forcément cherché à faire rétroagir cette volition au jour de ce premier accord.

(221) Une vente conclue sous une condition apparemment factuelle mais en réalité au pouvoir exclusif du vendeur aura bien été voulue conditionnelle, mais pas potestative.

(222) Sous toutes les réserves déjà apportées à cette double menace.

(223) L'origine de cette limitation est romaine : v. not. PAUL *in Dig.*, XLV, I, 46, §§ 2 et 3. On peut penser que sa survivance fait fonds d'une certaine confusion entretenue avec la question de l'existence d'une telle obligation (comp. *supra*, n° 289). Elle semble toujours toutefois de droit positif. V. ainsi Civ., 25 nov. 1896, préc. (*supra*, note 193) ; 1^{re} civ., 21 avril 1976, *Bull.*, I, 132 ; 21 juin 1988, pourvoi n° 86-17430 ; Com., 23 juin 1992, pourvoi n° 90-15306 ; Soc., 8 juill. 1997, pourvoi n° 95-14199 ; et encore 3^e civ., 15 janv. 2003, préc. (*supra*, note 197), qui valident tous des engagements souscrits sous une condition potestative *ex parte creditori*.
(suite p. suiv.)

semblablement « *Le consentement de la partie qui s'oblige* » pour condition essentielle des conventions, et nul n'en a jamais pour autant déduit que le consentement du créancier ne serait pas également requis.

Si l'on tient cependant à ce conformer à cette lettre trop étroite, il reste possible d'estimer que la présomption selon laquelle les parties sont censées n'avoir pas voulu conférer ce pouvoir à l'une d'elles pourrait s'en trouver renversée s'il s'avérait que le *potentior* était le créancier, considérant que, en ce cas, ce pouvoir ne bouleverse pas radicalement l'économie du contrat. La liberté laissée en effet à tout créancier de recouvrer ou non sa créance, qui ne justifiait pas d'exclure l'inexistence de l'obligation soumise à une condition potestative⁽²²⁴⁾, suffirait ici à en écarter la nullité, dès lors que l'on fonde celle-ci sur l'intention présumée des parties. Ces dernières seraient toujours censées avoir ignoré ce pouvoir, mais on estimerait celui-ci devenu à présent indifférent. Rien ne devrait toutefois interdire d'établir le contraire, en démontrant par exemple que le débiteur avait un intérêt particulier à pouvoir imposer son paiement à son créancier, et la nullité de recouvrer alors son empire sur la condition potestative *ex parte creditoris*.

Pour la même raison, la nullité doit sévir semblablement que la condition potestative soit suspensive ou résolutoire. Cette nullité ne se fondant pas sur l'imperfection du lien mais sur sa non-conformité à la volonté des parties, il importe peu que l'obligation produise son effet tant que celui-ci ne correspond pas à celui attendu⁽²²⁵⁾. En l'occurrence, le seul fait que l'une des parties puisse anéantir l'engagement à sa guise suffit à contrarier l'intention de celles qui auront voulu remettre leur accord au hasard, et à justifier par là sa nullité⁽²²⁶⁾. Pour l'éviter, il faudra là encore établir que cette potestativité avait été acceptée⁽²²⁷⁾.

Comp. néanmoins 1^{re} civ., 21 mars 1984, *Bull.*, I, n° 112 ; *RTD civ.*, p. 381, obs. J. Mestre, à propos d'un prêt obligeant le salarié à rembourser immédiatement son employeur créancier en cas de licenciement économique, constatant « *que le licenciement [...] n'avait pas dépendu de la volonté de la société, qui avait été contrainte de recourir à cette mesure en raison de sa situation économique* », pour en déduire que la condition n'était pas purement potestative. V. égal. M. LATINA, *Essai sur la condition en droit des contrats*, th. Paris II, 2007, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 505, 2009, n°s 376 à 379, pp. 276-280, qui estime que la question de la validité se pose pareillement que le *potentior* soit créancier ou débiteur.

(224) V. *supra*, n° 289, spéc. note 182. L'inexistence ne se satisfaisait pas de probabilités ; ici au contraire, la probabilité fonde la présomption, et c'est cette dernière qui justifie de valider l'obligation.

(225) Comp. lorsque c'est l'existence du lien que l'on discute : *supra*, n° 290, *in limine*. Soulignant cette différence, v. par ex. S. VALORY, *op. cit.* (*supra*, note 118), n° 107, p. 75.

(226) La solution paraît aujourd'hui bien acquise : v. J. GHESTIN, « L'indétermination du prix de vente et la condition potestative », préc. (*supra*, note 164), p. 295, n° 15 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.* (*supra*, note 153), n° 296, p. 260 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.* (*supra*, note 152), n° 1314, pp. 700-701 ; S. VALORY, *op. cit.* (*supra*, note 118), n°s 103 et 104, pp. 73-74. La jurisprudence est très nettement, elle aussi, en ce sens : v. not. Com., 28 juin 1965, préc. (*supra*, note 179), qui annule un contrat d'exclusivité dont le concessionnaire pouvait provoquer la condition résolutoire en se contentant de ne pas chercher à vendre assez d'exemplaires ; Com., 17 mai 1976, préc. (*supra*, note 179), à propos d'une condition résolutoire permettant à un bailleur de reprendre son matériel « *pour des raisons jugées par lui impératives* ». De ces décisions, il s'infère qu'il est tout aussi indifférent que la condition résolutoire n'opère que pour l'avenir, tant qu'elle n'aura pas été voulue potestative. *Contra*, limitant la nullité à la seule condition suspensive : Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXV, préc. (*supra*, note 124), n° 328, pp. 321-323 ; A.-R. THÉODORESCO, *op. cit.* (*supra*, note 124), p. 77, mais au constat que la condition résolutoire, même rétroactive, n'empêche pas l'obligation d'avoir existé, de sorte que c'est bien plutôt l'inexistence qui y est visée ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, t. II, préc. (*supra*, note 138), n° 76, p. 751 ; G. GOUBEAUX, art. préc. (*supra*, note 208), n° 5, p. 758. *Adde* C. civ. italien, art. 1355, qui ne sanctionne de nullité l'obligation

(suite p. suiv.)

L'assujettissement du principe de nullité de l'engagement potestatif à la volonté des contractants connaîtrait cependant une limite traditionnelle dans l'hypothèse de l'acte à titre gratuit, où un tel engagement serait alors nécessairement nul, sans que l'intention des parties n'y puisse rien⁽²²⁸⁾. Cette solution particulière se déduirait de l'irrévocabilité spéciale des donations, en vertu de laquelle le disposant se verrait interdire de se ménager aucune condition potestative, qu'elle fût résolutoire ou même suspensive⁽²²⁹⁾. Cette autre règle n'est pourtant pas dépourvue d'ambiguïté, qui peine à se trouver un fondement cohérent⁽²³⁰⁾,

soumise au pouvoir du débiteur que lorsque la condition est suspensive. Comp. P. A. FORIERS, « Propos sur la condition résolutoire purement potestative », in *Liber Amicorum Yvette Merchiers*, La Charte, Bruges, 2001, pp. 115-126, n° 12, p. 125, pour qui « *L'idée que la condition résolutoire ne tombe pas sous le coup de l'article 1174 ne repose, donc, en réalité, que sur une règle statistique.* » Et, de fait, la remarque se justifie si l'on s'en tient à l'idée que la nullité se fonde sur la volonté présumée des parties, pour autant que l'on puisse plus facilement admettre qu'elles aient voulu accorder à l'une d'elles le droit potestatif de résoudre l'obligation plutôt que celui d'en empêcher jusqu'à la parution.

(227) Pour ne prendre qu'un exemple, mais le plus patent peut-être, toute condition résolutoire de droit n'opère jamais, une fois l'événement réalisé, que sur option d'un contractant, et devient donc potestative dès ce moment. Nul n'affirme pourtant que le contrat s'éteindrait alors immédiatement par caducité, dès avant l'exercice du droit par le titulaire, du fait de cette soudaine potestativité : ce pouvoir du bénéficiaire d'anéantir le contrat a été accepté sans que cela empêche l'obligation de continuer à exister, et à valoir. Ainsi, le contrat synallagmatique survit naturellement à l'inexécution de l'une des parties, jusqu'à ce que le créancier décide de se prévaloir de l'article 1184 du Code civil pour en réclamer la résolution.

(228) Si, au contraire de la doctrine, la jurisprudence exprime rarement la règle sous cette forme, il n'en reste pas moins qu'elle annule plus volontiers les libéralités atteintes de potestativité que toute autre convention affectée du même vice. V. ainsi Req., 14 mai 1900, *DP* 1900, I, p. 358 ; ou encore 1^{re} civ., 25 nov. 1986, *Bull.*, I, n° 280 ; *Deffrénois* 1987, art. 34056, n° 89, p. 1199, obs. G. Champenois, qui refuse de prêter effet à la donation réalisée entre concubins sous la condition qu'ils demeurent unis, au motif que « *le principe de l'irrévocabilité des donations interdit tout pacte affectant celle-ci d'une condition même simplement potestative* », le donateur étant en l'occurrence libre de provoquer la résolution de l'un et l'autre lien. La diversité des intérêts participant à la rupture d'un concubinage aurait probablement suffi à valider l'acte ainsi conditionné si celui-ci avait été à titre onéreux : v. *supra*, eod. num., in medio. Comp. cep. les décisions validant l'acte à titre gratuit lors même qu'il se trouve conditionné à un événement potestatif : Civ., 30 août 1880, *DP* 1880, I, p. 464 ; *S.* 1881, I, p. 57, à propos d'une donation consentie sous la condition de la célébration du mariage du gratifiant, que celui-ci avait donc le pouvoir d'empêcher ; ou encore 1^{re} civ., 28 mai 1974, préc. (*supra*, note 138), dans une hypothèse où le donateur disposait du pouvoir d'éviter la réalisation de la condition suspendant sa libéralité en provoquant la dissolution de sa société.

(229) Ni la doctrine ni la jurisprudence ne semblent faire aucune différence en effet. L'assimilation ne laisse pourtant pas d'étonner, considérant que la réalisation d'une condition suspensive n'opère pas révocation mais empêchement de l'acte à produire le moindre effet : le disposant, en ce cas, ne reprend rien, puisqu'il n'a jamais donné.

(230) Textuellement d'abord, la solution s'appuierait sur l'article 944 du Code civil. Pourtant, celui-ci ne fait qu'appliquer aux donations le principe qu'énonce plus loin l'article 1174, sans contenir aucune précision propre à justifier cette interprétation divergente et maximisée. Pour s'en tenir aux textes, les articles 894 et 953 fondent mieux, à tout prendre, cette irrévocabilité spéciale des donations. Historiquement ensuite, la règle entend se prévaloir de la maxime coutumière, retranscrite par Loysel, *Donner et retenir ne vaut* (e.g. Coutume de Paris, art. 278). Mais cette dernière était loin de posséder la signification que l'on voulut plus tard lui prêter. Il s'agissait seulement alors en effet de traduire un tout autre principe, en vertu duquel le transfert de propriété attaché aux actes translatifs se trouvait retardé à la tradition du bien qui en constituait l'objet, de sorte que celui qui retenait la chose promise ne la donnait en réalité pas. On en étendit par la suite la portée afin de lutter contre les clauses de dessaisine-saisine et les traditions matériellement feintes suivies d'une restitution immédiate, qui auraient permis de contourner le principe en forçant au transfert immédiat de la propriété. Par cette extension, il s'agissait encore clairement de protéger le donateur, qui eût pu ne pas voir, à laisser ces pratiques se généraliser, que le bien resté en sa possession n'était déjà plus à lui. Or, en substituant l'acte notarié à la tradition réelle pour mesure de protection du consentement du donateur, l'article 1^{er} de l'ordonnance du 17 février 1731 a rendu la condamnation de ces pratiques superflue : il importait peu désormais que la donation pût entraîner un transfert *solo consensu* dès lors que le gratifiant était informé de cet effet par le notaire. Les clauses de tradition feinte purent alors proliférer autant qu'elles le firent pour les actes à titre onéreux, si bien qu'à la fin du XVIII^e siècle la règle avait pratiquement tourné pour tout acte translatif, et

(suite p. suiv.)

au point d'être même contestée⁽²³¹⁾. Il se pourrait pourtant qu'elle manifeste l'existence sous-jacente d'un principe plus général duquel se déduirait en droit français la nullité de tout acte translatif, à titre gratuit ou onéreux, subordonné à une condition résolutoire potestative offerte au disposant⁽²³²⁾. Sur ce fondement renouvelé, un transfert de propriété qui permettrait au cédant de reprendre son bien en tout temps serait nécessairement nul, comme s'opposant à la nature absolue et perpétuelle de la propriété transférée, sous la seule

que c'est ce dernier état de l'évolution qui fut finalement consacré par le Code civil (art. 938 et 1138, 1583 et 1703). De la règle coutumière *Donner et retenir ne vaut*, ne subsista plus que l'idée que les donations affectées d'une condition résolutoire stipulée au profit du donateur devaient être annulées, perdant de vue qu'il ne s'agissait hier que de lutter par là contre les traditions feintes, et que cette prohibition était devenue dorénavant inutile. Lorsque l'on prétend faire remonter le principe de cette irrévocabilité au droit romain, on se trompe par conséquent de règle : jusqu'au XVIII^e siècle, l'irrévocabilité des donations n'a jamais été invoquée en France qu'en vue de rappeler à la force obligatoire des conventions, libéralités en ce comprises, et à fin de combattre par là la tendance héritée des anciennes coutumes germaniques à considérer toute gratification révocable par nature. Jusqu'alors, donc, l'irrévocabilité des donations n'a jamais été qu'une irrévocabilité ordinaire, et non spéciale, n'empêchant nullement d'y introduire une condition résolutoire potestative. Sur cette évolution historique, v. A. DESJARDINS, « Origine de la règle Donner et retenir ne vaut », *RCLJ* 1868, t. XXXIII, pp. 207-243 et 311-335 ; B. ANTONESCO, *De la règle « Donner et retenir ne vaut » et de ses applications dans le droit français actuel*, th. Paris, 1900, pp. 1-70 ; L. LECHIN, *De la règle « Donner et retenir ne vaut »*, th. Paris, 1903 ; J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, nos 1012 à 1021, pp. 1344-1353, et nos 1029 et 1030, pp. 1361-1363. Il était dès lors naturel que, sommée de justifier cette scorie de l'histoire, la doctrine échouât à lui trouver un fondement. Aucune des justifications habituellement avancées n'a jamais pleinement convaincu, en effet. Pour s'en tenir aux plus communes, il apparaît ainsi assez peu fondé d'arguer que la règle viserait à protéger le donataire, puisqu'en annulant la donation on aboutit bien plutôt au résultat recherché par le donateur. Quant aux pressions que ce dernier pourrait exercer en menaçant de reprendre son bien, et auxquelles on voudrait soustraire le donataire, elles ne peuvent pas être sérieuses : n'est-ce pas là en effet le lot de tout débiteur, soumis aux légitimes menaces d'un créancier qui se prévaudrait de son droit ? Prétendre alors qu'il s'agirait au contraire de protéger le donateur ne porte pas plus loin, puisque l'annulation de la donation ne fait pas mieux que ce que l'on aurait admis en la validant avec son droit de retour ; on fait même plutôt moins pour lui, considérant qu'on ne le laisse plus seul maître du pouvoir d'anéantissement, également accordé à son cocontractant, voire à tout intéressé.

(231) V. not. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 3^e éd., Sirey, t. III, 1940, n° 1350, écrivant de cette règle que « son avenir paraît très limité ; elle est une survivance, presque une curiosité juridique. » ; A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN, in *Traité pratique de droit civil français*, dir. G. Ripert, préc. (*supra*, note 42), t. V, *Donations et testaments*, 1957, n° 427, p. 561 ; Ph. MALAURIE, *Les successions – Les libéralités*, Defrénois, 2004, n° 431, p. 223, qui estime que « La règle paraît anachronique et devrait être abrogée » ; M. GRIMALDI, *op. cit.* (*supra*, note 149), n° 1210, p. 154 ; W. DROSS, « L'irrévocabilité spéciale des donations existe-t-elle ? », *RTD civ.* 2011, pp. 25-44, qui, posant la question, y répond par la négative.

(232) Rappr. en ce sens Th. GENICON, « De l'irrévocabilité spéciale des donations à l'ordre public des transferts de propriété à titre gratuit », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Dalloz, 2012, pp. 303-346, n° 43 et s.

Une autre explication a bien été avancée qui ferait de l'irrévocabilité absolue du dépouillement du donateur une condition constitutive de son intention libérale, sans laquelle aucune donation ne saurait valoir (v. not. H. LÉCUYER, « L'irrévocabilité spéciale des donations », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle – Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, pp. 405-420). Le raisonnement suppose toutefois admis que l'intention libérale implique nécessairement celle de se dépouiller irrévocablement, alors que c'est justement ce qu'il importe de démontrer. On concédera cependant que l'article 894 du Code civil fournit ici un argument de texte suffisant à faire l'économie de cette recherche, quoique l'absence d'intention libérale justifierait mieux l'inexistence de la donation que sa nullité. Mais, ce premier point acquis, il faudrait encore s'interroger sur le sort réservé à une telle convention : qu'elle ne vaille pas comme libéralité n'autorise pas, en soi seul, à refuser de prêter effet à la volonté des parties pour l'unique raison que le disposant n'a pas été mû par une intention libérale. À moins, et c'est ici qu'émergerait finalement le véritable fondement, que l'insertion d'un droit potestatif de résoudre un acte translatif revienne à méconnaître l'absoluité essentielle du droit propriété prétendument transmis, au nom de laquelle le droit français prohibe encore, en leur principe au moins, les cessions temporaires. La condition résolutoire offerte au donataire s'en trouverait quant à elle validée puisqu'elle se donne au propriétaire actuel, libre d'aliéner son bien au profit du donateur qui en a préalablement accepté le retour.

réserve des dispositions particulières qui l'autorisent⁽²³³⁾.

Il apparaît ainsi qu'une obligation sera nulle, plutôt qu'inexistante, pour deux causes bien distinctes. La première procédera de la volonté présumée des parties, que l'on réputera avoir ignoré le caractère potestatif de la condition, suspensive ou résolutoire, à laquelle elles auront soumis leur convention. Cette présomption postule que l'événement n'ait pas été ouvertement potestatif, et, ce cas même échéant, pourrait toujours être renversée afin de valider l'engagement. Seule la seconde cause de nullité vaudra objectivement, en s'imposant aux contractants : ceux-ci ne peuvent pas en effet, sans contredire l'objet même de leur accord, prétendre transférer la propriété d'un bien tout en réservant au disposant la faculté discrétionnaire de le reprendre du jeu d'une condition résolutoire potestative.

Dans cette double mesure, il reste donc parfaitement possible de réserver un domaine propre à la nullité de l'article 1174, qui ne se confonde à l'inexistence de l'engagement potestatif⁽²³⁴⁾, ni ne verse entièrement dans la seule sanction de l'exercice de ce pouvoir⁽²³⁵⁾.

292. La neutralisation du pouvoir – La condition peut se trouver soumise au pouvoir de l'un des contractants sans pour autant provoquer l'inexistence ou la nullité de l'obligation qui la supporte, soit, ainsi que l'on vient de le voir, que les parties aient spécialement accepté de conférer ce pouvoir exorbitant à l'une d'elles, soit, comme on le verra à présent, que ce pouvoir soit nécessaire au jeu normal de la condition. L'hypothèse concerne des conditions juridiquement casuelles, mais matériellement potestatives, en ce que la préservation de la causalité de l'événement commandera une intervention ou une abstention volontaire de l'un des contractants⁽²³⁶⁾.

(233) C'est-à-dire, pour l'essentiel, sous la réserve des constitutions fiduciaires réglementées, lesquelles excluent cependant toute intention libérale (C. civ., art. 1013), et celle des cessions d'usufruit, qui imposent pour leur part un terme extinctif (art. 617, al. 1^{er}) que les parties à un transfert en pleine propriété sous condition résolutoire n'ont pas nécessairement voulu. S'y joint également le réméré, forme de condition résolutoire potestative ouverte au vendeur et dont le Code civil limite l'effet à cinq années (art. 1659 et 1660).

Aucune de ces exceptions n'apparaît ainsi applicable aux donations, lesquelles sont donc toujours nulles lorsqu'elles prétendent autoriser le donateur à reprendre le bien transmis. Sans doute le droit antérieur à la réforme opérée par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 réservait-il le cas de la donation consentie entre époux, jusqu'alors essentiellement révocable. Mais l'article 1096 nouveau du Code civil renvoyant désormais sur ce point au droit commun des donations, il y a tout lieu de penser que la condition résolutoire potestative que se serait ménagée le donateur frapperait à présent sa libéralité de nullité, et ce même en dépit de la survivance insolite d'un article 947 qui pourrait bien avoir échappé à la vigilance du législateur (en ce sens : A. SÉRIAUX, *in J.-Cl. Civil*, Art. 1091 à 1100, fasc. 20, « Donations entre époux pendant le mariage », 2009, n° 70, p. 17). Au moins est-ce ainsi que l'a jugé la Cour de cassation : 1^{re} civ., 14 mars 2012, pourvoi n° 11-13791, *Bull.* ; *Rapp.*

(234) V. *supra*, n° 290.

(235) Alors que la tendance doctrinale actuelle est plutôt à ce déport du domaine de l'article 1174 sur celui de l'article 1178. V. not. en ce sens S. GJIDARA, art. préc. (*supra*, note 156), spéc. p. 8, n° 34 ; M. LATINA, *op. cit.* (*supra*, note 223), n°s 367 à 372, pp. 267-271, qui propose de supprimer l'article 1174 ; W. DROSS, art. préc. (*supra*, note 126), spéc. n° 39, p. 721.

(236) Conditions que l'on a précédemment proposé de qualifier de *mixtes*, mais qui demeurent essentiellement casuelles : v. *supra*, n° 285. En toute occurrence, il ne peut plus s'agir de conditions potestatives au sens juridique du terme, puisque l'article 1174 du Code civil sanctionne ces dernières par la nullité de l'engagement, et que l'article 1178, ici seul à l'œuvre, ne les qualifie d'ailleurs pas ainsi. Sur cette séparation des domaines des articles 1174 et 1178, v. not. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.* (*supra*, note 153), n° 298, p. 262.

Cela suppose donc, non seulement que l'exercice de ce pouvoir soit nécessaire à la réalisation de l'événement, à défaut de quoi la condition serait strictement casuelle sans aucune sanction possible du comportement du contractant, mais encore que l'intervention ou l'abstention obligatoire du contractant ne suffise pas à assurer cette réalisation, sous peine de se retrouver en présence, non d'une condition, mais d'un véritable terme⁽²³⁷⁾. Sont ainsi visées aussi bien les conditions faisant obligation au *potentior* d'intervenir pour permettre au hasard de jouer sa part⁽²³⁸⁾, que celles lui imposant à même fin de s'abstenir de toute intervention⁽²³⁹⁾. Dans leur principe, les obligations contractées sous de telles conditions demeurent parfaitement valables, échappant au domaine de l'article 1174 du Code civil pour gagner celui de l'article 1178.

Ici encore, la solution repose sur la volonté présumée des parties. Il s'agit d'estimer qu'en stipulant une condition susceptible d'être aussi bien potestative que casuelle selon que le *potentior* sera autorisé ou non à en forcer l'occurrence, les parties auront plutôt voulu une condition casuelle que potestative, et entendu lui interdire par conséquent d'y mettre obstacle⁽²⁴⁰⁾. On présumera ainsi qu'elles ont en particulier fait obligation au débiteur de ne

(237) Sous la réserve de cette requalification, rien ne devrait cependant empêcher d'appliquer une sanction comparable au contractant qui aura refusé de provoquer le terme attendu. V. ainsi 3^e civ., 9 juill. 1984, *Bull.*, III, n° 135, qui approuve la cour d'appel d'avoir jugé que la clause par laquelle les débiteurs s'obligeaient à rembourser au jour de la vente à venir « affectait seulement la date du paiement de la dette et non l'existence de l'obligation » et d'avoir consécutivement prononcé la déchéance de ce terme à l'encontre des débiteurs qui en avaient empêché l'arrivée.

(238) La plupart des décisions rendues sous le visa de l'article 1178 concernent l'hypothèse de la vente conditionnée à l'obtention par l'acheteur d'un prêt destiné à financer son acquisition, et spécialement dans le cadre de l'article L. 312-16 du Code de la consommation. L'acquéreur d'immeuble qui aura empêché la réalisation de la condition suspensive en ne démarchant pas, ou mal, les établissements de crédit se verra ainsi opposer la formation complète de la vente et se trouvera dès lors contraint d'obtenir le financement d'un paiement à présent définitivement dû. En ce sens, v. par ex. 3^e civ., 25 avril 1978, *Bull.*, III, n° 158 ; *JCP* 1979, II, 19056, obs. S. Galle ; 4 févr. 1987, pourvoi n° 85-16522 ; *RTD civ.* 1988, p. 542, obs. J. Mestre ; 1^{re} civ., 19 juin 1990, *Bull.*, I, n° 175, qui rejette le moyen qui prétendait l'article 1178 inapplicable « à la condition suspensive prévue à l'article 17 de la loi du 13 juillet 1979 », aujourd'hui article L. 312-16 du Code de la consommation ; 3^e civ., 21 juin 2005, pourvoi n° 03-13067.

(239) Dernière catégorie qui comprend pour variante celles des conditions qui n'autoriseraient cette intervention que sous la pression de circonstances nouvelles, de telle sorte que toute réalisation ou défaillance forcée de la condition hors de ces circonstances appellerait la même sanction. Malgré ses imprécisions, la jurisprudence apparaît nettement en ce sens : v. par ex. 1^{re} civ., 21 mars 1984, préc. (*supra*, note 223) ; 16 oct. 2001, *Bull.*, I, n° 257 ; *JCP* 2002, I, 134, n° 4, obs. J. Rochfeld ; *Dr. & Patr.*, févr. 2002, p. 109, obs. P. Chauvel ; *RTD civ.* 2002, p. 97, obs. J. Mestre et B. Fages ; *Deffrénois* 2002, art. 37486, n° 8, p. 251, obs. R. Libchaber ; *D.* 2002, SC, p. 2839, obs. D. Mazeaud, à propos d'une clause résolutoire de plein droit prévoyant la rupture du contrat de travail en cas de cessation d'activité de la clinique, approuvant la cour d'appel d'avoir jugé que cette condition « n'était pas potestative au point d'être nulle », et considérant de surcroît que « cette clause n'avait été mise en œuvre que sous la pression d'événements économiques irrésistibles ».

(240) Pour l'adoption en cette hypothèse du critère tiré de l'intention des parties, v. déjà R. SECRÉTAN, « L'article 156 du Code des obligations et la condition potestative », in *Aequitas und bona fides – Festgabe zum 70. Geburtstag von August Simonius*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1955, pp. 351-364, spéc. pp. 358-359. Une telle présomption pourrait se prévaloir d'un principe d'interprétation d'après lequel les parties seraient censées ne pas avoir voulu contredire leur engagement. Rapp. D. HOUTCIEFF, *op. cit.* (*supra*, note 176), nos 301 à 315, pp. 261-271, pour qui ce fondement impose d'interpréter une telle condition en ce sens qu'elle fait nécessairement obligation au *potentior* de provoquer l'événement, sans permettre la preuve contraire. Dès lors cependant que l'on admet qu'une obligation sous condition potestative peut être valable, on préférera n'accorder ici qu'un caractère réfragable à la présomption, que l'on justifiera, non par un principe de cohérence, mais par l'idée que, entre deux significations, on doit préférer celle qui prête au contrat son effet le plus utile : v. déjà *supra*, n° 280, spéc. note 123.

pas empêcher l'avènement de la condition suspensive, au besoin en lui imposant même d'agir positivement en vue de permettre sa réalisation⁽²⁴¹⁾. Mais il faut logiquement dépasser la lettre de l'article 1178 si l'on veut en suivre l'esprit : disposée sous le paragraphe traitant *De la condition en général*, et non sous celui relatif à la seule condition suspensive, la règle doit s'appliquer aussi bien à la condition résolutoire, en sorte que le débiteur se verra également sanctionné pour avoir forcé l'occurrence de l'événement qui conditionnait la résolution de son obligation, ou pour lui avoir tout au moins permis de se réaliser⁽²⁴²⁾. Rien ne paraît toutefois imposer d'étendre au-delà le domaine de l'article 1178 jusqu'à interdire au débiteur d'entériner à l'inverse sa propre obligation, soit en provoquant la réalisation de la condition suspensive qui la subordonne, soit en suscitant la défaillance de sa condition résolutoire. Seul le caractère synallagmatique de la convention pourrait y inciter, considérant que la condition de cette obligation est alors aussi celle, par voie de conséquence, de la créance réciproque, et que le débiteur de cette dernière n'aura peut-être pas voulu accorder à son créancier le pouvoir de forcer ainsi son exigibilité.

Et de fait, la lettre de l'article 1178 doit encore être dépassée à cet autre égard : il n'est pas plus admissible de laisser le créancier maître de la condition affectant sa créance qu'on ne permet au débiteur d'anéantir sa dette. Dans l'un et l'autre cas, il est tout aussi naturel de présumer que les parties n'ont pas souhaité accorder ce pouvoir, et qu'elles ont plutôt stipulé une condition casuelle que potestative. À son tour donc, le comportement du créancier doit pouvoir être sanctionné s'il a consisté à empêcher la défaillance de la condition suspensive, ou la réalisation de la condition résolutoire, sinon œuvré même à forcer la réalisation de la première ou la défaillance de la seconde⁽²⁴³⁾. Comme souvent en

(241) L'article 1178 du Code civil ne vise du reste à la lettre que cette hypothèse. Il poursuit en ce sens la solution du droit romain qui forçait déjà à la réalisation de la condition, que le contractant en eût empêché activement la réalisation (ULPIEN, *in Dig.*, XVIII, 1, 50, et L, XVII, 161 ; JULIEN, *in Dig.*, XXXV, 1, 24), ou qu'il se fût abstenu de provoquer cette occurrence ainsi qu'il en était tenu (AFRICANUS, *in Dig.*, XXXV, 1, 31, § 2). V. not. C. BUFNOIR, *Théorie de la condition dans les divers actes juridiques selon le droit romain*, th. Paris, 1866, pp. 80-83.

(242) Pour l'application de l'article 1178 à la condition résolutoire, v. J.-J. TAISNE, *op. cit.* (*supra*, note 121), n° 188, p. 267 ; O. MILHAC, *op. cit.* (*supra*, note 121), n° 176, p. 58. Et en jurisprudence même, au moins implicitement : 1^{re} civ., 28 janv. 1987, pourvoi n° 85-10147 ; CA Paris, 25 sept. 1990, *Juris-Data*, n° 023 404.

(243) Sauf toujours à ce que les parties n'aient pas entendu empêcher ce contractant d'exercer son pouvoir. Lorsque, par exemple, la condition suspensive est stipulée en faveur du bénéficiaire d'une promesse unilatérale, plus rien n'autorise à sanctionner sa décision de ne pas la réaliser puisque ce droit potestatif lui est conféré par la nature même de la convention. D'où la décision rendue par 3^e civ., 11 mars 2009, *Bull.*, III, n° 60 ; D. 2009, AJ, p. 873, obs. Y. Rouquet, qui écarte toute application de l'article 1178 en cette hypothèse. Mais *contra*, antérieurement : 1^{re} civ., 19 juin 1990, préc. (*supra*, note 238) ; 2 juin 1993, *Bull.*, I, n° 198, pour une offre de prêt obtenue mais refusée par le bénéficiaire de la promesse ; 13 nov. 1997, *Bull.*, I, n° 310, qui jugeait que « *c'est à bon droit que la cour d'appel énonce que, faute par le bénéficiaire de la promesse d'avoir demandé l'octroi d'un prêt conforme aux stipulations de celle-ci, la condition suspensive devait être réputée accomplie par application de l'article 1178 du Code civil* ».

Pour cette double indifférence de la nature de la condition et de la qualité du *potentior* dans l'application de la sanction, v. not. BGB, § 162, et CO suisse, art. 156. *Adde* Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, art. 1177 : « *La condition est réputée accomplie si celui qui avait intérêt à sa défaillance en a empêché l'accomplissement. — Elle est réputée défaillie si son accomplissement a été provoqué par la partie qui y avait intérêt.* »

droit, la règle posée à l'article 1178, et héritée sous cette forme du droit romain, ne traduit que l'application la plus commune d'un principe général et sous-jacent.

En tous ces cas, donc, l'article 1178 commandera, non plus d'annuler l'obligation, sous peine de satisfaire les intérêts du débiteur qui aurait déjà provoqué la défaillance de la condition suspensive ou la réalisation de la condition résolutoire⁽²⁴⁴⁾, mais de neutraliser l'effet de cette intervention potestative sur un événement voulu casuel. Plus encore, la disposition ici à l'œuvre sanctionne le comportement du contrevenant en réputant accompli l'événement empêché. Il ne suffira dès lors pas à ce contractant de prouver que, sans son intervention, la condition serait demeurée en son état de latence : pour échapper à la présomption renforcée de l'article 1178, il devra démontrer que la condition aurait subi le même sort sans son intervention, auquel cas on la réputera réalisée ou défaillie au moment ainsi établi⁽²⁴⁵⁾. On ne permettra pas, en somme, d'en revenir à l'état conditionnel de l'engagement. Ce en quoi l'intervention du *potentior* emporte au moins un effet définitif : il a pris la décision de lever l'incertitude en forçant le sort, et cette décision produira bien son effet, même à son détriment.

Dès lors que, par application de cette disposition supplétive du Code, la convention des parties fait obligation à ce contractant de ne pas perturber le jeu de la condition, son manquement s'analysera en une faute contractuelle⁽²⁴⁶⁾. Conformément au droit commun de la responsabilité contractuelle, la faute sera alors aussi bien constituée par une simple négligence⁽²⁴⁷⁾, et sera susceptible, outre la sanction particulière de l'article 1178, de donner droit à l'allocation de dommages-intérêts, en particulier si l'événement attendu et empêché revêtait un intérêt propre pour le cocontractant⁽²⁴⁸⁾. Comme pour toute obligation, les juges

(244) Sur quoi v. G. GOUBEAUX, art. préc. (*supra*, note 208), n° 5, p. 758 ; W. DROSS, art. préc. (*supra*, note 126), n° 32, p. 717, et n° 37, p. 720.

(245) Ainsi jugé par 3^e civ., 18 mars 1998, pourvoi n° 95-22089 ; CCC 1998, n° 85, note L. Leveneur, « *qu'ayant relevé que [l'acquéreur] avait empêché l'accomplissement de la condition suspensive en ne déposant pas la demande de permis de construire à l'obtention duquel les parties avaient subordonné la réalisation de la vente, sans rapporter la preuve, lui incombant, qu'une telle demande, si elle avait été faite, aurait été rejetée, la cour d'appel [...] a légalement justifié sa décision, en retenant que la condition devait être réputée accomplie* ». V. égal. 3^e civ., 12 sept. 2007, *Bull.*, III, n° 143 ; *RTD civ.* 2007, p. 770, obs. B. Fages, qui écarte l'application de l'article 1178 au motif que la condition, tenant en l'occurrence dans l'obtention d'un prêt par l'acquéreur, aurait également défailli si la durée des emprunts sollicités avait été conforme à celle prévue dans la vente.

(246) Cette obligation sous-entendue se déduit du reste de la disposition plus générale de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil : exécuter la convention de bonne foi implique pour les contractants de ne pas venir contrarier le jeu voulu casuel des conditions affectant leurs obligations.

(247) V. ainsi Soc., 17 févr. 1955, *Bull.*, IV, n° 150 ; *RTD civ.* 1955, p. 516, obs. H. et L. Mazeaud ; 3^e civ., 24 juin 1981, *Bull.*, III, n° 135 ; D. 1982, SC, p. 531, obs. B. Audit ; 3^e civ., 16 avril 1986, *JCP* 1988, II, 21033, note G. Liet-Veaux ; *RTD civ.* 1988, p. 544, obs. J. Mestre, lorsque les démarches n'ont pas été entreprises de façon à être susceptibles d'aboutir ; 1^{re} civ., 19 juin 1990, *Bull.*, I, n° 175 ; *Deffrénois* 1990, art. 34837, n° 101, p. 1026, obs. J.-L. Aubert, qui rejette le pourvoi qui reprochait à la cour d'appel d'avoir réputé la condition accomplie sur le moyen que « *le candidat acquéreur et emprunteur [ne serait] pas en faute lorsqu'il attend le résultat de sa demande de prêt sans en formuler d'autre* » ; CA Paris, 21 oct. 1986, *RD imm.* 1987, p. 249, obs. J.-C. Groslière et C. Saint-Alary Houin ; *RTD civ.* 1988, p. 544, obs. J. Mestre.

(248) Comp. O. MILHAC, *op. cit.* (*supra*, note 121), n° 169, p. 55, qui rattache la sanction prévue à l'article 1178 au régime de la responsabilité contractuelle. Mais la perspective est peut-être un peu cavalière : si la mise en œuvre de cette disposition implique certes que le contractant soit fautif, donc responsable, l'accomplissement forcé de l'événement évité constitue une sanction spécifique à la matière et qui ne partage rien de connu avec les principes gouvernant le droit de la responsabilité.

disposeront du pouvoir d'accorder un délai pour permettre au débiteur de s'exécuter avant de faire application de la sanction prévue à l'article 1178⁽²⁴⁹⁾.

Le *potentior* qui démontrerait que son intervention a été commandée par une cause étrangère de force majeure échapperait alors certainement à cette responsabilité. Mais cette dernière preuve devrait également lui permettre de se soustraire à la sanction de l'article 1178, au moins pour ce que celle-ci comporte de mesure purement répressive : la condition empêchée sera toujours réputée accomplie, mais on autorisera l'intéressé à établir qu'elle ne l'aurait pas été, sans lui imposer de prouver en outre qu'elle aurait subi le même sort que celui qu'il aura fortuitement provoqué. La disposition se verra ainsi conférer une fonction purement présomptive, à l'exception de toute fonction répressive, et la convention pourra s'en trouver rétablie dans son état antérieur et conditionnel, pour autant qu'elle n'ait pas été assortie d'un terme d'exécution à présent dépassé⁽²⁵⁰⁾.

En définitive, donc, l'intervention du *potentior* dans la réalisation ou la défaillance de la condition emporte des conséquences nuancées. Si la condition, restée casuelle dans son essence, nécessite cependant une intervention ou une abstention volontaire de ce contractant pour opérer – condition que l'on a qualifiée de mixte – on présumera ce dernier obligé à œuvrer dans le sens de l'obligation, et l'on sanctionnera alors son manquement fautif en réputant accompli l'événement empêché. Si, en revanche, l'intervention ou l'abstention volontaire de ce contractant suffit à assurer l'occurrence de l'événement, on le contraindra encore à y procéder, mais pour la raison qu'il s'agira alors d'un terme, n'affectant plus que l'exécution et non la formation de l'obligation. À moins qu'il soit établi, enfin, que les parties aient effectivement voulu conférer à l'une d'elles ce pouvoir de décider de la formation définitive du contrat, auquel cas celui-ci aura bien été conclu sous une condition potestative *in facto* et néanmoins valable dès lors que conforme à la volonté spéciale des contractants.

293. Conclusion – De cet examen de la notion de condition potestative, il ressort que la nature de la sanction est essentiellement commandée par celle de l'événement. Selon que celui-ci réside dans une pure réitération de la volonté du contractant concerné ou dans la réalisation d'un acte volontaire mais d'une autre nature, l'obligation ainsi conditionnée penchera vers l'inexistence ou vers la nullité. Dans le premier cas, qui est celui de la condition purement potestative, ou *in ipso et mera voluntate*, l'engagement qui s'y trouve

(249) V. par ex. 1^{re} civ., 17 févr. 1976, préc. (*supra*, note 126), qui rejette le pourvoi formé contre l'arrêt confirmatif d'un jugement ayant accordé un délai de trois mois au promettant pour réaliser la condition suspensive de son engagement.

(250) En ce dernier cas en effet, la preuve de l'empêchement de force majeure suffirait à entériner la réalisation ou la défaillance provoquée de la condition. La force majeure étant aussi casuelle que l'était la condition, l'intervention nécessaire du contractant aura par là même été exempte de toute potestativité. Rapp. ainsi 1^{re} civ., 13 févr. 1999, pourvoi n° 96-21412, qui approuve une cour d'appel d'avoir refusé de prêter effet à la vente conditionnée à l'obtention d'un prêt après avoir constaté que l'acquéreur, tenu de solliciter à cette fin les établissements de crédit, avait souffert de graves troubles psychiatriques durant toute la durée de réalisation de la condition.

subordonné est réputé inexistant sous sa forme définitive, tout en étant susceptible de valoir comme avant-contrat⁽²⁵¹⁾. Dans le second cas, qui est celui de la condition simplement potestative, ou *in facto a voluntate pendente*, on présumera que les parties auront le plus souvent ignoré le caractère potestatif de la condition, et l'on en déduira pour cette raison la nullité de l'obligation plutôt que son inexistence⁽²⁵²⁾. En toute hypothèse cependant, le système n'est jamais que présomptif, laissant les parties libres d'établir qu'elles avaient bien entendu conclure un contrat sous une condition purement potestative plutôt qu'un avant-contrat, dans un cas, ou qu'elles avaient connu et accepté le caractère potestatif de la condition *in facto*, dans l'autre. Ces présomptions renversées, l'engagement pris sous une condition potestative pourra alors exister et valoir, même subordonné à la réitération, directe ou indirecte, de la volonté de l'un des contractants.

On voit ainsi que, non seulement l'inexistence est loin de constituer la seule sanction de l'engagement potestatif, mais que même la condition purement potestative ne dresse pas un obstacle dirimant à l'existence et à la validité du contrat. La conclusion s'impose donc : si l'engagement purement moral est toujours, par essence, juridiquement inexistant⁽²⁵³⁾, l'engagement purement potestatif, en revanche, ne l'est jamais que par nature, n'empêchant nullement les contractants de le vouloir malgré tout. Alors que le premier ne produit par définition même aucun effet juridique, et s'oppose pour cette raison à toute qualification contractuelle, le second reste pour sa part susceptible de produire un tel effet, en obligeant d'ores et déjà l'une des parties et en faisant de surcroît rétroagir la ratification ultérieurement apportée par son cocontractant. Rien n'autorise par conséquent à inférer que le caractère purement potestatif d'un engagement devrait faire présumer en outre sa nature purement morale : on peut parfaitement s'engager immédiatement et en droit sous la condition de réitérer son consentement, pour autant que cette modalité affecte le contrat lui-même et non une volonté restée encore indécise⁽²⁵⁴⁾. Quand bien même cette intention ne serait-elle d'ailleurs pas établie, l'inexistence pour potestativité de l'engagement procéderait toujours d'une cause bien distincte de celle justifiant l'inexistence de l'engagement purement moral.

Les causes ordinaires d'inexistence du contrat s'agrègent donc finalement. À la nécessité d'établir la volition de chaque contractant, puis d'un accord des deux volontés exprimées, se joint ici celle exigeant de vérifier la nature proprement juridique de cette convention. Ainsi parvenu aux confins du domaine de l'inexistence dans l'ordre du droit commun, un nouveau territoire s'offre alors à l'observation. Car il peut encore manquer une autre condition à la formation de certains contrats, cette fois prescrite par le droit spécial.

(251) V. *supra*, n° 290, *in medio*.

(252) V. *supra*, n° 291.

(253) V. *supra*, n° 277.

(254) V. *supra*, n° 290, spéc. note 199.

TITRE II

LA DÉFAILLANCE D'UNE CONDITION DE FORMATION PROPRE À CERTAINS CONTRATS

294. La forme et le fond – Les conditions particulières de formation du contrat peuvent relever de la forme de l'acte comme de son fond. La forme en constitue le contour, l'élément sensible qui se donne à voir sans nécessiter aucune traduction intellectuelle : elle est, du contrat comme de toute chose, ce qui rayonne vers l'extérieur. Le fond, par opposition, s'identifie ensemble à l'origine et au contenu de l'acte ⁽¹⁾ : elle gît en son sein et se découvre sous la surface des choses ⁽²⁾.

De ce caractère extrinsèque de la forme, on infère parfois que sa nature serait encore d'être accessoire, en ce sens au moins que la forme serait indifféremment interchangeable sans que le fond de l'acte ne s'en trouve modifié, considérant que l'on peut aussi bien vendre verbalement que par écrit, par acte sous seing privé ou par acte notarié ⁽³⁾. L'observation est certainement exacte, mais, à s'en tenir là, on pourrait faire la même à

(1) Chronologiquement, toute chose répond d'une origine passée, d'une matière et d'une forme actuelles, et d'une destination à venir. La matière, ou contenu, et la forme constituent ensemble la substance de la chose, alors que son origine ne participe pas de cette substance actuelle, même si elle la conditionne (v. *supra*, n° 225, spéc. note 789). Le fond d'un acte ne lui est donc pas nécessairement substantiel : il ne l'est que lorsque l'on vise sous ce terme le seul contenu.

(2) Pour un exposé de cette opposition, en droit : F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Sirey, 1921, n° 193, p. 47. V. égal. G. CORNU, « Le fond et la forme dans le droit de la famille », *Ann. dr. Louvain* 1989, p. 257 : « Chacun sait que la forme est ce qui apparaît au monde, et que le fond est ce qui, de l'intérieur, l'anime. La forme est manifestée, extériorisée, exprimée, et parfois matérialisée ; le fond est, au sein de la forme, interne, intérieur, intime, incorporé ». Pour une évocation de ses limites cependant, en matière processuelle particulièrement, v. récemment L. MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, th. Paris I, 2007, IRJS, Inst. A. Tunc, t. 20, 2009, n°s 366 à 416, pp. 393-452.

(3) V. par ex. en ce sens P. LOUIS-LUCAS, « La distinction du fond et de la forme dans le règlement des conflits de lois », *Mélanges offerts à Jacques MAURY*, Dalloz-Sirey, 1960, t. I, pp. 175-205, n° 18, pp. 194-195. Ou encore V. CUNHA, *Le formalisme en droit des contrats*, th. Nice, 2002, *passim*.

l'égard du fond, susceptible lui aussi de varier infiniment sans que la forme de l'accord s'en trouve aucunement changée : on peut ainsi conclure une multitude de contrats de natures différentes sous une même forme notariée. Ce que cette proposition dénote simplement, c'est que, dans un système consensualiste, la qualification du contrat dépend ordinairement de son contenu plutôt que de son mode de passation, soit de son fond plutôt que de sa forme. Mais que l'on qualifie à l'occasion le contrat d'acte notarié, et son contenu deviendra à son tour tout aussi contingent.

Ce qui est vrai, en revanche, c'est que le fond commande la forme, en ce qu'elle lui est naturellement préalable. Dans leur conception, le fond précède la forme pour cette raison que celle-ci a justement pour seule fonction d'extérioriser le contenu de la chose : c'est en fonction de la constitution de la roche que les intempéries en modifieront constamment la forme, de même que la constitution d'un *instrumentum* suppose toujours l'existence d'un *negotium* qu'il vient matérialiser. L'un et l'autre pourront bien, à l'occasion, apparaître simultanément, mais jamais la forme ne peut logiquement préexister au fond.

Lorsque l'on observe la chose de l'extérieur, cependant, la forme se présente toujours la première, le fond ne se découvrant qu'une fois celle-là dépassée. Ce pourquoi l'ordre naturel de tout examen consiste à appréhender l'objet étudié par sa forme avant que de pouvoir en pénétrer le fond. L'analyse du droit spécial ne déroge pas à cette règle, qui commande d'envisager les hypothèses dans lesquelles la perfection du contrat serait subordonnée à une condition de forme, d'abord (Chapitre I^{er}), puis celles dans lesquelles cette perfection dépendrait d'une condition de fond, ensuite (Chapitre II).

CHAPITRE I^{ER}LA PERFECTION DU CONTRAT
SUBORDONNÉE À UNE CONDITION DE FORME

295. Multiplicité des formes – Les formes du contrat peuvent être aussi diverses que variées, qu'elles s'attachent à l'acte lui-même ou aux consentements qui l'engendrent. Il arrive ainsi que la loi exige des contractants une déclaration orale⁽¹⁾ ou au contraire écrite⁽²⁾, un écrit qui soit plus encore manuscrit⁽³⁾ ou même notarié⁽⁴⁾, allant parfois jusqu'à

(1) Dans la mesure de la faculté des époux, le mariage se contracte oralement. Même lorsqu'il y est exceptionnellement consenti à distance, un officier de l'état civil (ou assimilé) recueille toujours le consentement oral de l'époux absent pour raison militaire. Et s'il en transcrit la déclaration par écrit, c'est encore pour qu'il en soit fait lecture au cours de la célébration (C. civ., art. 96-1, 4^o). À proprement parler, un tel mariage ne se forme donc ni par procuration ni *per litteras*, ainsi qu'il est pourtant devenu usuel de le désigner.

(2) Le seing privé est de loin la forme la plus répandue. À titre probatoire, il s'impose déjà pour toute obligation d'une valeur supérieure à 1500 euros (C. civ., art. 1341, et décr. 2004-836 du 20 août 2004). À titre de validité du *negotium* lui-même, la loi le prescrit notamment pour le bail rural (C. rur., art. L. 411-4), le bail d'habitation (L. 6 juill. 1989, art. 3, al. 1^{er}), la vente de navires (L. 3 janv. 1967, art. 10), le contrat d'assurance (C. assur., art. L. 112-3, al. 1^{er}), le pacte civil de solidarité (C. civ., art. 515-3, al. 2), le mandat de protection future (art. 477 al. 4), la convention d'indivision (art. 1873-2, al. 2), le gage (art. 2336), le nantissement de créance (art. 2356), la clause de réserve de propriété (art. 2368), la clause compromissoire (C. proc. civ., art. 1443), la stipulation d'un terme déterminé au contrat de travail (C. trav., art. L. 1242-12), le contrat d'apprentissage (art. L. 6222-4), le contrat d'édition (C. propr. intell., art. L. 132-7, al. 1^{er}), le contrat d'exploitation de brevets d'invention (art. L. 613-8, dern. al.), la cession ou le nantissement de marque (art. L. 714-1, al. 4), le mandat d'agent immobilier (L. 70-9 du 2 janv. 1970, art. 6, I, al. 1^{er}), le mandat d'agence de publicité (L. 93-122 du 29 janv. 1993, art. 20), la cession de parts sociales d'une société en nom collectif ou en commandite simple (C. com., art. L. 221-14, al. 1^{er}, et L. 222-2), etc. De ces dispositions doivent être rapprochées celles qui imposent au dispensateur de crédit à la consommation d'établir l'acte de prêt par écrit sous peine de « *déchéance* » de son droit à intérêts (C. consom., art. L. 311-16, L. 311-18, et L. 311-48), lequel droit, en lieu de déchoir, n'a en réalité jamais valu. Et il faudrait encore évoquer les hypothèses dans lesquelles l'écrit se pose non plus en condition de validité de l'engagement, en le sanctionnant de nullité absolue ou en le privant d'emblée de l'un de ses effets, mais comme condition d'un consentement éclairé, ouvrant droit pour son auteur à se prévaloir d'une nullité relative. Relève notamment de cette idée de formalisme informatif l'écrit exigé pour la conclusion d'un contrat par démarchage à domicile (C. consom., art. L. 121-21 et L. 121-23) ou par téléphone (art. L. 121-27), pour celle d'un contrat de courtage matrimonial (L. 89-421 du 23 juin 1989, art. 6), ou encore pour la stipulation d'intérêts de prêt d'argent (C. civ., art. 1907, al. 2, d'après 1^{re} civ., 21 janv. 1992, *Bull.*, I, n° 22).

(3) Le testament établi sous seing privé n'est valable que s'il est entièrement olographe (C. civ., art. 970). Et la personne physique qui s'engage comme caution auprès d'un établissement de crédit doit recopier de sa main la formule légale (C. consom. art. L. 313-7 et L. 313-8), même si le formalisme n'a plus ici qu'un caractère informatif, sanctionné de nullité relative.

conditionner l'efficacité juridique de la convention au respect d'une formulation prédéfinie⁽⁵⁾ ou au moins de certaines mentions⁽⁶⁾. Plus subtilement, il peut aussi être imposé aux parties de s'exprimer sous une forme expresse, c'est-à-dire spécifiquement destinée à manifester leur volition⁽⁷⁾, voire encore au moyen de caractères typographiques très apparents⁽⁸⁾. De telles prescriptions constituent toujours un formalisme contractuel, même si atténué, en ce que ces dernières laissent encore un choix entre différentes formes possibles, se contentant d'en prohiber certaines⁽⁹⁾. La convention passée, enfin, son effet se verra parfois conditionné au prononcé d'une homologation judiciaire⁽¹⁰⁾ ou à la transcription de l'acte sur un registre public⁽¹¹⁾.

Tout ne répond toutefois pas à la qualification de forme, et il importe en particulier d'en distinguer certaines conditions que l'on rattache souvent mais abusivement à cette qualification. En particulier, l'obtention d'une autorisation administrative⁽¹²⁾ ou de l'agrément d'un tiers⁽¹³⁾ constituent, lorsque l'effet du contrat s'y trouve assujéti, de véritables conditions de fond, quand bien même leur accomplissement se manifesterait formellement. Même l'obligation pour les parties d'agir afin de réaliser cette condition ne constitue pas une forme de leur convention : il s'agira bien d'une formalité, c'est-à-dire

(4) La forme notariée s'impose à la validité, notamment, de la donation (C. civ., art. 931), du contrat de mariage (art. 1394, al. 1^{er}, et art. 1397, al. 1^{er}), du mandat de protection future d'un mineur (art. 477 al. 3 et 4), du contrat de mandat posthume (art. 812-1-1, al. 3), de l'hypothèque conventionnelle (art. 2416) et de l'antichrèse, ou « *gage immobilier* » (art. 2388, al. 1^{er}), de la vente d'immeuble à construire (C. civ., art. 1601-2, et C. constr. et hab., art. L. 261-10 et s.), ou encore de la location-accession à la propriété immobilière (L. 84-595 du 12 juill. 1984, art. 4).

(5) E.g. C. consom. art. L. 313-7 et L. 313-8, préc. (*supra*, note 3).

(6) V. ainsi les mentions prescrites pour la conclusion du contrat de bail d'habitation (L. 89-462 du 6 juill. 1989, art. 3, al. 1^{er}), du contrat de construction d'une maison individuelle (C. constr. et hab., art. L. 231-2), du contrat d'assurance (C. assur., art. L. 112-4), du contrat de travail à durée déterminée (C. trav., art. L. 1242-12), du mandat d'agent immobilier (L. 70-9 du 2 janv. 1970, art. 6, I), ou pour la location de titres sociaux (C. com., art. L. 239-2, al. 1^{er}, et R. 239-1). Rapp. les dispositions qui sanctionnent par la nullité relative l'absence de l'une des mentions qu'elles imposent au contrat conclu par démarchage à domicile (C. consom., art. L. 121-23), au contrat de courtage matrimonial (L. 89-421 du 23 juin 1989, art. 6) ou, par exemple encore, à la vente d'un fonds de commerce (C. com., art. L. 141-1).

(7) Ce qui vise, entre beaucoup d'autres, la stipulation de la condition de survie du donataire dans la donation par contrat de mariage (art. 1092), ou le contrat de fiducie (C. civ., art. 2012).

(8) S'agissant par exemple de la clause attributive de juridiction (C. proc. civ., art. 48), ou de la clause de déchéance ou d'exclusion de garantie dans le contrat d'assurance (C. assur., art. L. 112-4, dern. al.). V. égal. C. consom., art. R. 311-6, al. 2, d'après lequel l'offre préalable d'un contrat de crédit à la consommation doit être rédigée « *en caractères dont la hauteur ne peut être inférieure à celle du corps huit.* »

(9) Raison pour laquelle ce formalisme atténué a parfois été qualifié de « *formalisme négatif* ». V. not. R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts* [L'esprit du droit romain], t. III, 3^e éd., 1873, trad. O. de Meulenaere, éd. A. Marescq, 1887, § 50, p. 167.

(10) Ainsi qu'il en va notamment pour donner effet à une convention de divorce par consentement mutuel (art. 250-1), ou pour modifier un contrat de mariage en cas d'opposition (C. civ., art. 1397, al. 4).

(11) L'enregistrement fiscal conditionne la validité de la promesse unilatérale de vente d'immeuble (C. civ. art. 1589-2) comme du contrat de fiducie (art. 2019), et le pacte civil de solidarité doit lui-même être enregistré au greffe du tribunal d'instance pour produire son effet (art. 515-3 et art. 515-3-1, al. 2).

(12) Celle que requerrait par exemple la loi du 16 novembre 1940 en subordonnant les mutations entre vifs de propriétés immobilières à une décision préfectorale.

(13) Tel celui donné par la SARL à fin de valider la cession de parts sociales conclue avec un tiers (C. com., art. L. 223-14).

d'un comportement prescrit à l'occasion de la conclusion de la convention, mais cette manière de faire des contractants ne se confondra pas à une manière d'être du contrat⁽¹⁴⁾.

296. La raison de la forme – Diverse dans sa nature, la forme véritable ne l'est pas moins quant à sa fonction. L'écrit, par exemple, a ainsi pour premier intérêt de certifier la réalité des consentements les plus graves sans avoir à y mêler aucun témoin, sinon ministériel, en même temps qu'il permet de rapporter avec précision et constance le contenu des accords les plus complexes. Mais, ce faisant, cette matérialisation scripturale a aussi pour effet d'attirer l'attention du débiteur sur l'importance de son engagement, et peut alors servir à ce titre de condition de validité. De plus, l'écrit est encore la forme nécessaire de toute transcription destinée à assurer son opposabilité aux tiers, voire, le cas échéant, à faciliter le recouvrement de l'impôt y afférent. Accessoirement enfin, ce peut être un moyen pour le droit de limiter, en compliquant leur formation et en grossissant leurs causes d'anéantissement, les contrats qu'il juge les plus dangereux et les moins utiles économiquement, tels ceux qui, opérant dépossession à titre gratuit, ne créent aucune valeur d'échange⁽¹⁵⁾.

La forme apparaît ainsi comme le gage d'une plus grande sécurité juridique, par la fiabilité qu'elle confère à l'acte ainsi vêtu, et par la protection qu'elle offre au contractant sujet au risque d'un engagement mal pesé. Ces avantages expliquent assez qu'elle ait pu survivre à l'avènement de la volonté pour source des conventions⁽¹⁶⁾, et que l'on continue à lui affecter de nouvelles missions, se voyant aujourd'hui reconnaître celle de rétablir l'équilibre informatif des contractants. Son emploi ne peut toutefois rester que ponctuel, sous peine de faire perdre toute valeur, une fois généralisé, à la parole donnée sans son appareil et de saper en cela les fondements même du consensualisme⁽¹⁷⁾. La difficulté tient alors pour le droit positif à user de la forme pour les bénéfices qui sont les siens avec assez de mesure pour ne pas basculer de fait dans un système formaliste⁽¹⁸⁾.

(14) Sur ce principe de distinction entre formes du contrat et formalités accompagnant sa formation, v. not. M.-A. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, th. Toulouse, 1973, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 137, 1975, p. 8. On ne peut donc pas se contenter d'affirmer qu'une règle de forme serait une règle « *prescrivant un comportement matériel et tangible, extérieur à la volonté proprement dite* » (V. DELAPORTE, *Recherche sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, th. Paris I, 1974, n° 31, p. 73), car il pourrait s'agir là d'une forme du contrat autant que d'une formalité visant à la réalisation d'une condition de fond.

(15) Pour un inventaire des divers avantages de la forme, v. déjà R. VON JHERING, *op. cit.* (*supra*, note 9), pp. 185-193.

(16) Sur cette positivité du formalisme contractuel, v. not. J. FLOUR, « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle – Études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, t. I, pp. 93-114.

(17) En ce sens, v. A. PIEDELIÈVRE, *Les transformations du formalisme dans les obligations civiles*, th. Paris, 1959, pp. 146-147.

(18) Ce qui ne revient pas à dire, comme on le lit pourtant couramment, que, en son état, le formalisme moderne ne s'opposerait plus au consensualisme, qu'il ne ferait que compléter, dès lors que n'excluant pas de contrôler la réalité des consentements formellement exprimés. L'opposition pourra sembler moindre en effet qu'à une époque où le formalisme régnait sans partage, mais, en réalité, cette opposition n'existe précisément que depuis que le consensualisme est apparu : auparavant, le formalisme ne se confrontait à rien d'autre. Ce n'est que depuis lors que, prescrivant des formes spéciales au contrat, le formalisme s'oppose absolument au consensualisme, lequel se définissant comme un système de libre expression de la volonté, postule au

(suite p. suiv.)

297. Une forme substantielle – Dans cette diversité, on rencontre des formes qui relèvent d'une nature et d'une fonction déterminées en ce qu'elles participent de la substance même de l'acte qu'elles ont pour objet de matérialiser. Si la forme s'oppose ordinairement au fond, on remarque en effet que certaines d'entre elles en constituent l'expression indissociable, s'enracinant jusque dans l'essence de la chose, qu'elles expriment directement. Loin d'être contingentes, ces formes-ci composent la chose au même titre que la matière, et sont ainsi proprement substantielles⁽¹⁹⁾.

À l'observation des objets physiques, il apparaît ainsi assez clairement que la forme puisse conditionner leur existence. Au vrai, il semble même que toute forme sensible soit aussi consubstantielle à la chose que l'est la matière qui la compose et dont elle est l'expression nécessaire : le marbre gît toujours dans son bloc, quel qu'il soit, et le bois se livre sur pied, en troncs, en branches, en planches, en copeaux ou en pâte... Que cette forme soit indifférente à l'observateur ne change rien au fait qu'elle s'impose objectivement pour laisser voir la matière. De la même manière, il est communément admis que les objets

contraire l'absence de toute forme imposée. Si l'un et l'autre peuvent malgré tout coexister, c'est qu'ils ne sévissent pas dans le même domaine : la formation sera consensuelle, mais la preuve en sera formelle ; l'opposabilité sera formelle, mais la validité consensuelle ; etc.

(19) Contrairement à ce que l'on enseignait avant lui, ARISTOTE mit en évidence le fait que la forme pouvait aussi bien que la matière se concevoir comme un élément constitutif de la chose (*Métaphysique*, liv. Z, 7, 1032 b, 35). Sur cette base conceptuelle, les scolastiques en vinrent à distinguer les formes accidentelles des formes substantielles (v. not. THOMAS D'AQUIN, *Summa theologiae*, I a, quest. 76 et 77). La division s'est imposée depuis lors, jusque dans le droit. Au XVIII^e siècle, BOUHIER rapportait ainsi comme classique cette opposition entre « formes extrinsèques » et « formes intrinsèques », ces dernières ainsi nommées car elles « affectent la substance » même de l'acte (*Les coutumes du duché de Bourgogne*, Augé, Dijon, 1742, chap. XXVIII, § 1, in *Œuvres de jurisprudence*, par Joly de Bévy, impr. Frantin, Dijon, 1787, t. I, p. 765).

La notion a ainsi trouvé à s'illustrer en droit international privé, où il a été défendu que serait applicable aux formes substantielles la loi gouvernant les conditions de fond de l'acte juridique plutôt que la loi locale à laquelle répondent ordinairement les autres conditions de forme. V. not. V. DELAPORTE, *op. cit.* (*supra*, note 14), n° 134, p. 247, pour qui « La constatation d'un lien entre la forme et le fond devrait conduire, plutôt qu'à qualifier « fond » ce qui d'évidence est « forme » au sens où ce terme peut être entendu, à écarter sans déguisement pour la forme considérée la règle de conflit communément établie. », ajoutant, n° 230, pp. 414-415, que « l'opinion dominante [est] de rattacher à la loi du fond toute règle de forme qui exprimerait une exigence de fond. » Quoique cette solution dérogatoire se trouve elle-même le plus souvent écartée du jeu de la règle *auctor regit actum* en vertu de laquelle la forme, même substantielle, restera soumise à la loi de l'autorité qui l'instrumente.

Mais c'est surtout en droit processuel, science du formalisme, que la forme substantielle a connu son usage le plus abouti, où elle est désormais visée par l'article 114 du Code de procédure civile en vue de rapprocher certains vices de forme du régime des nullités de procédure applicables aux irrégularités de fond. Elle y est alors définie comme celle qui tient à la raison d'être de l'acte de procédure et lui est indispensable pour remplir son objet (Civ., 2^e sect., 3 mars 1955, *D.* 1955, somm., p. 79 ; *JCP* 1955, II, 8654, obs. G. M. ; *Gaz. Pal.* 1955, I, p. 426 ; *RTD civ.* 1955, p. 367, obs. P. Raynaud), en sorte qu'on lui associera *a fortiori* celle sans laquelle l'acte n'existerait même pas. On peut seulement regretter que l'inexistence n'y soit pas reconnue en ce dernier cas comme sa sanction naturelle, au point que la Cour de cassation ait même cru devoir condamner finalement la théorie de l'inexistence en procédure civile (Ch. mixte, 7 juill. 2006, *Bull.*, CM, n° 6, selon le communiqué joint ; et 1^{re} civ., 17 janv. 2008, *Bull.*, I, n° 13, de façon plus explicite), mais sans pour autant s'interdire d'user du concept équivalent d'omission d'acte pour continuer à contourner les restrictions propres au régime des nullités procédurales (v. par ex. 2^e civ., 14 avril 2005, *Bull.*, II, n° 95). Sur ces faux-semblants, v. J. PELLERIN, « L'omission de l'acte de procédure », in *La procédure dans tous ses états – Mélanges en l'honneur de Jean Buffet*, Petites Affiches, 2004, pp. 379-392, spéc. pp. 382-383. Et sur la notion procédurale de formalité substantielle, v. *supra*, n° 6, *in medio*, spéc. notes 82 et 94.

de la pensée revêtent eux aussi certaines formes nécessaires pour se présenter à l'esprit, quand bien même ces dernières resteraient pour leur part d'ordre intellectuel⁽²⁰⁾.

Pour ne pas lui être substantielle, la forme doit donc dépendre d'un autre ordre que la matière en cause. À cette condition, elle ne l'extériorisera plus par nécessité mais par accident seulement. Il en va ainsi de la forme intellectuelle que l'on appliquerait à un objet essentiellement physique : celui-ci existera avant même d'être pensé, mais on lui associera cette forme mentale dès lors que l'on en conservera le souvenir. Inversement, un objet de la pensée existe sans le secours d'aucun support physique, mais rien n'empêchera de lui donner corps en lui conférant une forme sensible. Or, c'est précisément à cet endroit que surgit la question juridique. Le problème que pose le droit est en effet de savoir si cet acte essentiellement intellectuel qu'est le contrat nécessiterait de revêtir de surcroît une forme physique pour exister. On sait que, par la force des choses, une telle forme est au moins nécessaire à l'expression des consentements ; en ce sens, elle serait donc déjà consubstantielle aux volitions qui l'édicte⁽²¹⁾. Mais dans l'opposition que le droit entretient entre consensualisme et formalisme, il s'agit plus particulièrement de savoir s'il serait en outre exigé, en quelques circonstances au moins, le respect d'une forme spéciale à la reconnaissance par le juge de l'existence du contrat, ou si cette forme, lorsqu'elle est imposée, ne le serait jamais que pour une autre fin non proprement constitutive de l'engagement⁽²²⁾.

Ainsi définie, l'hypothèse du formalisme *ad substantiam* se réduit pour le contrat à deux formes bien distinctes, selon que sa perfection dépend d'une proclamation destinée à faire apparaître l'engagement aux yeux de tous ou d'une exécution destinée à le matérialiser aux yeux du débiteur. À ces deux formes répondent les deux types contractuels spécifiques que sont le contrat solennel, d'une part (Section I), et le contrat réel, d'autre part (Section II).

(20) V. déjà ARISTOTE, *loc. cit.* (*supra*, note préc.), 1035 a, 9-12, qui distingue la matière sensible, ou corporelle, de la matière intelligible, ou incorporelle, pour attribuer à chacune une forme propre.

(21) Étant bien entendu que toute expression de la volonté, qu'elle soit orale, visuelle ou autrement sensible, repose toujours sur un phénomène physique. Sur la nécessité de cette déclaration pour former le contrat, v. *supra*, n° 117, *in fine*.

(22) Les formes exigées pour condition de preuve ou d'opposabilité du contrat sont très certainement extrinsèques à celui-ci, et relèvent donc en cela de la catégorie des formes accidentelles. Mais même les conditions de validité formelle d'une convention ne lui sont pas proprement consubstantielles : l'accord non revêtu de ces formes n'en existera pas moins, et il aurait matériellement pu produire son effet si une disposition particulière n'en était pas venue subordonner la validité au respect d'une forme déterminée. La forme substantielle du contrat se borne donc bien à celle qui lui est constitutive et ne s'étend pas, comme en droit processuel, à celle qui serait nécessaire à la production de ses effets, car aucune forme ne s'impose par nature à la validité d'un contrat. Son existence, en revanche, pourrait bien s'y trouver naturellement subordonnée si la qualification spéciale du contrat dépendait de cet élément formel.

SECTION I

LE CONTRAT PARFAIT PAR SA PROCLAMATION :
LE CONTRAT SOLENNEL

298. Définition – Faute d'un autre examen, il est devenu usuel pour le juriste de désigner sous le terme de solennité toute forme imposée pour condition de validité d'un acte juridique⁽²³⁾. S'agissant toutefois d'étudier ici la notion d'inexistence pour ce qu'elle prévaudrait au-delà de celle mieux connue de nullité, on conviendra sans mal, comme par *a fortiori*, d'associer à cette définition de la forme solennelle celles des formes qui conditionneraient l'existence même du contrat. À s'en tenir là, serait donc solennel le contrat dont l'existence ou la validité serait soumise au respect d'une forme particulière⁽²⁴⁾.

Plus avant cependant, il apparaît que la profonde différence de nature qui sépare l'inexistence de la nullité pourrait inviter, plutôt qu'à l'étendre, à restreindre au contraire l'acception juridique de la solennité pour la réserver à la première. Qualifier de solennel un contrat dont la forme règle aussi bien l'existence que la validité contribuerait déjà en effet à entretenir la confusion entre deux sanctions qui demandent à être clairement distinguées. Et, de fait, il semble assez évident que si cette distinction est méconnue à cet endroit⁽²⁵⁾, c'est qu'elle l'est partout ailleurs, de sorte que l'amalgame que l'on observe communément ici ne constitue jamais que la manifestation particulière de celle, plus générale, dont souffre la notion d'inexistence au voisinage de la nullité⁽²⁶⁾.

(23) V. ainsi *Vocabulaire juridique*, dir. G. Cornu, PUF, Quadrige, 7^e éd., 2005, v^o Solennité : « *Formalité particulière (réception par un officier public, rédaction d'un acte authentique, cérémonial, geste, parole, forme spéciale) à l'accomplissement de laquelle est subordonnée la validité d'un acte.* » Ou encore sous l'entrée précédente, où l'on lit qu'est solennel l'acte « *dont la formation est subordonnée, à peine de nullité absolue, à l'accomplissement de formalités déterminées par la loi (écrit, cérémonial, etc.) ; se dit, par opp. à consensuel, de certains actes juridiques* », donnant ensuite pour exemples le mariage et le contrat de mariage.

(24) Telle est la définition retenue de l'acte solennel par M.-A. GUERRIERO, *op. cit.* (*supra*, note 14), spéc. pp. 357-366.

(25) V. ainsi l'article 1102-4, alinéa 2, de l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription remis au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005, qui propose cette définition : « *Le contrat est solennel lorsque sa formation est subordonnée, à peine de nullité, à des formalités déterminées par la loi.* » Manifestement, la formulation pêche par excès de précision, la mention « *à peine de nullité* » paraissant exclure de cette qualification les formes prescrites *ad existentiam*. Et si tel n'est pas son objet, comme on peut le présumer, elle devient inutile, puisque si le contrat pouvait valablement se conclure sans cette formalité c'est que celle-ci n'en subordonnerait déjà plus la formation.

(26) Les rares auteurs qui distinguent exactement l'inexistence de la nullité inclinent au contraire à réserver la qualification de contrat solennel à celui dont l'existence, et non la validité, est subordonnée au respect de la forme. V. ainsi M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 9^e éd., LGDJ, t. II, 1923, n^o 992, p. 342 : « *Un contrat est dit « solennel » quand la volonté des parties, exprimée sans formes extérieures déterminées, ne suffit pas à le conclure, la loi exigeant une formalité particulière en l'absence de laquelle le consentement n'a point d'efficacité juridique.* » Plus récemment, v. encore V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, th. Chambéry, 2002, LGDJ, Bibl. dr. privé., t. 480, 2007, n^{os} 165 et 166, p. 114. Rapp. égal. F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, Sirey, 1921, n^o 204, p. 107 : « *C'est dans les formes, dites solennelles, qu'apparaît au plus haut point, et, pour ainsi dire, dans toute sa plénitude, le sens profond de la théorie juridique de la forme. Il s'agit, en effet, ici, de manifestations extérieures, que le droit positif impose à un fait interne (généralement un mouvement ou une rencontre de volontés), et, en l'absence desquelles, ce fait n'atteint pas son but dans le domaine juridique, à tel point qu'il serait comme n'existant pas (inexistant ou non avvenu), sous ce rapport.* »

Pour autant, une définition aussi étroite du contrat solennel ne mérite d'être reçue que s'il se rencontre effectivement des conditions de forme exclusivement attachées à l'existence de l'acte plutôt qu'à sa validité. À défaut, la catégorie des contrats solennels ainsi comprise ne figurerait rien d'autre qu'un ensemble vide dont le constat suffirait à révoquer en doute une acception à l'objet impossible. Or, il n'est pas sûr que le nombre de contrats pouvant être proprement qualifiés de solennels en ce sens restrictif suffise à justifier de priver ainsi d'une qualification utile l'ensemble des autres actes qui, autrement plus nombreux, se trouvent pour leur part soumis à un formalisme de validité.

S'il est un problème de définition, il dépend moins en réalité de la portée de la forme que de sa nature. Car, contrairement à ce qu'un énoncé un peu rapide pourrait laisser entendre, il ne suffit pas d'exiger une forme spéciale pour en faire une solennité, faute de quoi le contrat réel constituerait lui aussi un contrat solennel. Il faut encore que la formalité vaille comme établissement officiel de l'engagement, destiné à l'instituer publiquement. Imposée *ad existentiam*, il apparaît que cette formalité consiste alors en une véritable proclamation. Lorsque celle-ci est le fait des parties, elle pourra venir conditionner jusqu'à l'existence du consentement même (§ 1). Lorsqu'elle émane de l'autorité publique, seule la constitution de l'acte, produit de ce consentement, pourra se trouver ainsi assujettie (§ 2).

§ 1 – La solennité constitutive du consentement

299. D'hier à aujourd'hui – S'il est à peu près acquis que la solennité a pu dans le passé, et pourrait encore théoriquement aujourd'hui, se poser en condition d'existence du consentement, il n'est pas aussi assuré que l'hypothèse se rencontre effectivement en droit positif. Si l'origine du phénomène ne fait en somme guère de doute (A), son actualité demande en revanche à être vérifiée (B).

A - L'ORIGINE DU PHÉNOMÈNE

300. Son apparition historique – La solennité comme condition d'expression du consentement fut ignorée du droit romain, où la forme, pour être prépondérante, s'attachait à l'acte lui-même et non à un consentement préalable qui n'était pas encore perçu comme constitutif de l'engagement. Pour que la forme puisse se porter sur cet objet consensuel, il a fallu le découvrir à la source de toute convention. Déjà pourtant, le dialogue constitutif de l'antique *sponsio* romaine, en s'articulant autour de la question « *Spondesne ?* » et de sa réponse « *Spondeo* », préfigurait un formalisme qui ne s'attacherait ouvertement que bien plus tard à la volonté des parties.

Lorsque, sous l'influence du droit canonique, le consensualisme parut enfin⁽²⁷⁾, il ne s'avança tout d'abord que sous le couvert des formes solennelles dont on habillait ordinairement les engagements et auxquelles on attacha alors une fonction nouvelle : destiné à garantir comme hier la force obligatoire de la promesse, le respect de la solennité permettrait aussi de s'assurer dorénavant, et de plus en plus, de la réalité de l'intention contractuelle, jusqu'à ne plus assumer même finalement qu'un rôle probatoire, ou à disparaître tout à fait.

L'histoire du serment promissoire en fournit une illustration manifeste. Trouvant son origine dans les pratiques paganiques du droit romain primitif, cet usage du serment a perduré de la façon la plus naturelle sous l'autorité du Dieu nouveau. Et, de fait, on ne relève pas toujours assez que le succès du monothéisme chrétien s'est beaucoup construit, aussi, sur le meilleur crédit que ce garant unique offrit aux pragmatiques Romains. Le procédé se multiplia même : comme la *stipulatio* romaine, dont l'usage disparut avec le droit romain, il devint la formule omnibus pour passer tous types de contrats ; à la différence de celle-là toutefois, le serment promissoire reposait explicitement sur la valeur morale de la parole donnée. L'Église, cependant, finit par prendre ombrage de cette banalisation du divin et, s'appuyant sur une réinterprétation scolastique des textes romains tout juste redécouverts, émit pour canon que, Dieu n'ignorant rien et voyant tout, la simple promesse suffirait dorénavant à engager devant lui sans avoir à l'y appeler expressément⁽²⁸⁾. Secondée par la sanction séculière⁽²⁹⁾, la théorie nouvelle servit finalement les intérêts d'un commerce en pleine expansion, de sorte qu'elle ne pouvait déjà plus, à son époque, ne pas triompher. Le serment, quant à lui, ne se rencontrerait plus qu'assigné pour l'essentiel à un rôle exclusivement probatoire.

Mais avant sa disparition progressive, le serment promissoire a eu pour objet, dans son dernier état, d'exprimer avec solennité une volonté apparue peu à peu à la source de l'obligation. Au cours de cette dernière période, la forme assermentaire était donc devenue proprement constitutive du consentement contractuel. Sans la formule solennelle du « *Per Deum juro* » puis du simple « *Juro* », la parole n'engageait pas, non seulement parce qu'elle ne référait pas au divin garant, mais parce que, ce faisant, elle n'était pas même crue. Partout où on l'emploie encore, on observe ainsi que le serment promissoire a conservé

(27) Il est bien entendu qu'un certain nombre de contrats romains se formaient déjà au Bas-Empire sur la seule foi du consentement des parties, et que la technique développée pour les contrats innommés avait même fini par en généraliser la pratique. Mais il a fallu plus pour parvenir au consensualisme : ériger le simple consentement pour principe de la force obligatoire de toute convention, même solennelle, supposait en effet de conférer à la parole donnée une valeur morale et juridique pour elle-même, et non seulement pour ce qu'elle apparaissait nécessaire à la formation de certains contrats. C'est en découvrant cet élément commun, d'abord, et en en justifiant l'effet, ensuite, que la théorie consensualiste put naître enfin.

(28) Le principe nouveau prend corps en 1212 dans la *Glossa Ordinaria* du Décret de Gratien, où il est dit que Dieu attache la même foi aux serments et aux simples paroles (tit. XXII, quest. 5, can. 12), puis dans les Décrétales de Grégoire IX publiées en 1234, où l'on peut y lire « *Pacta quantumcumque nuda servanda sunt* » (liv. I, tit. XXXV, chap. 1).

(29) L'évolution fut celle de la jurisprudence des parlements avant d'être finalement consacrée par l'ordonnance royale de Villers-Cotterêts prise par François I^{er} le 10 août 1539.

ce rôle : si l'on prête encore serment, même dans les États laïcs, en levant la main droite et en disant « *Je le jure* », ce n'est pas que l'on incanterait des forces supérieures au soutien de sa promesse, mais plus simplement que l'on est censé, par cette formule sacramentelle, mesurer toute la gravité d'une déclaration qui ne serait pas entendue sans cette forme solennelle⁽³⁰⁾. Les usages infantiles sont peut-être d'ailleurs, dans leur simplicité, les plus révélateurs, qui imposent toujours au promettant de prononcer le même « *Je le jure* » pour condition de la parole donnée.

301. Sa justification pratique – On peut comprendre l'intérêt qui s'attache à cette expression solennelle de la volonté, en ce qu'elle permet de rendre manifeste une intention que le caractère intellectuel porte naturellement à l'interprétation. Même lorsqu'elle se déclare par un mode exprès, la volonté du promettant peut toujours être en effet contestée s'il est rapporté des circonstances propres à en modifier le sens. En enserrant la déclaration dans la gangue d'une formule exclusive et prédéterminée, on s'assure au contraire de la parfaite certitude de l'intention de son auteur. Un tel appareil profite à tous, à l'interprète et aux tiers, mais aussi aux parties et au promettant lui-même, ainsi mis en mesure de réaliser, par la formulation à laquelle on l'astreint, le caractère officiel, et par conséquent important, de son engagement.

Signe de l'intérêt que l'on continue à porter aujourd'hui à cet instrument historique de déclaration de la volonté, il a souvent été observé que le sens commun tend à subordonner l'engagement juridique à la signature, sans laquelle peu se sentiront effectivement obligés. Si l'on y trouve probablement aussi, et peut-être même d'abord, le sentiment inné de chacun de ne se trouver engagé que si la preuve peut en être apportée, le caractère formel de cette inscription manuscrite n'est certainement pas sans influence sur la prégnance de ce sentiment⁽³¹⁾. La pratique demeurée constante de la mention « *lu et approuvé* », que la plupart, à commencer par les établissements qui l'imposent, savent pourtant juridiquement superflue, conforte encore cette idée que la formule contiendrait en elle la faculté d'incarner la volonté de son auteur, au point que celle-ci pourrait être finalement réputée inexistante en cas d'ignorance de la forme. Ces illustrations ne paraîtront peut-être pas les plus pertinentes, puisque ne valant pas en droit ; elles dénotent cependant la pénétration de ce formalisme *ad existentiam* jusque dans les esprits contemporains. Il n'est d'ailleurs pas exclu de pouvoir découvrir même une certaine actualité juridique à ce phénomène.

(30) Même aux États-Unis, où l'on jure encore sur la Bible, selon la forme la plus ancestrale du serment promissoire, il est douteux que le procédé ait vraiment pour objet de soumettre le promettant à la menace divine, puisque l'on exige le même de ceux que l'on sait ne pas être croyants.

(31) Et l'on pourra faire la même remarque au sujet du commencement d'exécution, qui a lui aussi pour effet, en matérialisant l'engagement, de le faire naître au yeux des parties : v. *infra*, n° 312, spéc. note 90.

B - L'ACTUALITÉ DU PHÉNOMÈNE

302. La forme au cœur du consentement – Dans un système entièrement fondé sur la réalité du consentement des parties contractantes, la forme exigée par dérogation au principe consensualiste n'est pas réputée conditionner l'existence des volitions mais, tout au plus, l'effet du contrat qui en résulte⁽³²⁾. Certaines solennités, pourtant, pourraient bien faire exception à la règle, s'attachant apparemment plus volontiers à la volonté exprimée qu'à l'acte juridique qui se forme à son aval⁽³³⁾. Outre l'hypothèse toujours possible dans laquelle les parties auront elles-mêmes convenu de soumettre leur consentement à un formalisme substantiel⁽³⁴⁾, c'est avant tout dans la loi qu'il importe de découvrir ces cas de consentements solennels.

Il faut revenir ici un instant sur le cas du serment promissoire tel qu'il se pratique encore aujourd'hui pour ce demander ce qu'il adviendrait si celui auquel il est déféré s'autorisait à en changer la formule. Que déduirait-on en effet des intentions de celui qui, témoin ou impétrant à une profession assermentée, répondrait « *Je le promets* » au lieu du « *Je le jure* » attendu ? N'est-il pas manifeste que l'on en viendrait à mettre en doute la réalité de sa volonté, alors pourtant que l'une et l'autre de ces deux déclarations expriment le même engagement ? À nouveau, les usages enfantins nous le montrent de la façon la plus patente, où une telle réponse à l'injonction « *Dis « Je le jure »* » sera immédiatement comprise comme signifiant que son auteur entend ne pas s'engager.

Se rapprochant de la matière contractuelle, on pourrait évidemment évoquer, ainsi que l'idée s'en présente facilement, l'hypothèse du consentement au mariage, si l'on devait considérer que toute autre réponse que « *oui* » par un époux capable de le prononcer rendrait l'existence de son consentement suspecte. Mais, au vrai, la loi n'exige pas le mot⁽³⁵⁾,

(32) V. en ce sens A. RIEG, in *Les modes non formels d'expression de la volonté*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XX, 1968, Dalloz, 1972, « Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français », pp. 40-59, n° 2, p. 41 : « la forme requise par la loi ne concerne en réalité que l'acte juridique proprement dit, et non l'expression de la volonté. Même dans les actes solennels, la volonté s'exprime en toute liberté, car il n'existe pas de termes sacramentels ». Même pour le contrat d'ailleurs, on verra que le consensualisme invitera toujours à voir dans la forme une condition de validité plutôt que d'existence de l'accord : v. *infra*, n° 306, *in medio*. Ce qui justifie que les mentions légales réglant la formation du contrat (v. *supra*, n° 295, spéc. notes 5 et 6) ne soient jamais sanctionnées par son inexistence.

(33) Mais on se gardera toujours d'y voir là une solution générale. Comp. les auteurs qui tendaient à associer jadis toute solennité à l'existence du consentement, not. F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, 3^e éd., A. Marescq aîné, 1878, t. II, n° 279, p. 353 : « L'article 1339 porte : « Le donateur ne peut réparer par aucun acte les vices d'une donation entre-vifs ; nulle en la forme, il faut qu'elle soit refaite en la forme légale. » Voilà une consécration formelle de la doctrine des actes non existants. Pourquoi la donation nulle en la forme ne peut-elle pas être confirmée ? Parce qu'elle n'existe pas, et on ne peut pas confirmer le néant. Mais pourquoi une donation nulle en la forme est-elle inexistante ? Parce que, dans les contrats solennels, le consentement doit être donné selon les formes prescrites par la loi, sinon il n'existe pas. » ; et encore t. XV, n° 457, pp. 516-517 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, dir. G. Baudry-Lacantinerie, 3^e éd., L. Larose et L. Tenin, t. XII, *Des contrats, ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, 1906, n° 26, pp. 33-34 : « dans les contrats solennels, l'absence de la forme peut paraître se confondre avec l'absence de consentement, en ce sens que celui-ci n'a pas d'existence aux yeux de la loi quand il n'est pas manifesté dans la forme prescrite. »

(34) Ce formalisme conventionnel s'imposera toujours en effet à chacun des consentements exprimés, tant que l'un et l'autre ne se seront pas rejoints pour renoncer, même tacitement, à la forme convenue.

(35) C. civ., art. 75, dern. al. : « Il [l'officier de l'état civil] recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration (suite p. suiv.) »

et il n'est pas même sûr que son usage ait suffi à lui conférer la valeur juridique d'une coutume. L'habitude de répondre « *oui* » à la question de l'officier de l'état civil paraît trouver sa seule raison d'être dans la formulation usuelle de cette question (« *Acceptez-vous de prendre pour époux...* »). Et, de fait, répondre à cette question par « *Je l'accepte* » ne ferait pas douter un instant de l'intention matrimoniale de son auteur, de sorte que l'on ne trouvera pas là matière à y voir une forme solennelle du consentement⁽³⁶⁾. Il n'est pas exclu, en revanche, de la découvrir dans le simple fait de devoir consentir en réponse à une question orale de l'officier de l'état civil. On imagine cette fois assez mal, en effet, que les époux déclarent d'emblée leur consentement à l'officier chargé de le recueillir et que le mariage se trouve ainsi prononcé sans qu'ait été préalablement posée la question d'usage. Et la même conclusion s'imposerait à l'encontre de l'époux qui préférerait, par excentricité, manifester son consentement autrement que verbalement. Si coutume cérémoniale il y a, elle paraît bien plutôt résider finalement dans ce dialogue institué entre candidats à l'union et représentant de l'État⁽³⁷⁾.

La formalité du *deed* telle que pratiquée outre-Manche appelle à son tour une conclusion du même ordre. On sait en effet que la *common law* permet de déroger à l'exigence d'une *consideration* pour élément de formation des contrats à la condition de satisfaire à la forme du *deed*, sorte de promesse unilatérale revêtue de l'engagement solennel de son auteur⁽³⁸⁾. Ce consentement spécial se déclarait à l'origine au moyen d'un sceau privé (*seal*) apposé par le promettant, d'abord par un point de cire cacheté à ses armes ou ses initiales, mais qui avait fini par pouvoir s'acheter en papeterie sous la forme d'une simple rondelle de papier rouge. Abolie pour sa plus grande part en 1989 par le *Law of Property Act*⁽³⁹⁾, la forme du *seal* a laissé place à des exigences de nature exclusivement probatoire. Aujourd'hui comme hier, il reste toutefois que le *deed* demeure toujours soumis à la formalité de sa délivrance, laquelle a pour objet de départir irrévocablement le promettant de sa volonté au profit de son créancier. Et cette *delivery* s'exécute par une forme devenue unique, consistant à inscrire au devant de sa signature la mention exacte « *I deliver this as my act and deed.* » Il en résulte que, hier le sceau, et aujourd'hui encore cette formule type de délivrance, pourraient bien apparaître comme des solennités proprement constitutives, non pas seulement de l'acte, mais du consentement lui-même. Il semble en particulier difficile de se contenter d'y voir de simples exigences probatoires, sachant que la preuve du *deed* se trouve autrement organisée par la loi anglaise au moyen de formes distinctes. Surtout, la certitude établie de l'intention du promettant ne paraît pas autoriser à ignorer l'absence de la formule exigée,

qu'elles veulent se prendre pour mari et femme ».

(36) Rapp. G. CORNU, « Réflexion finale », in *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, dir. P. Amsselek, PUF, 1986, pp. 249-252, spéc. p. 250, qui rapporte un « *Bien entendu* » perçu à la place du « *oui* » de l'époux.

(37) Dialogue que l'on ne peut manquer de rapprocher de celui, tout aussi constitutif, de l'ancienne *stipulatio* romaine : v. *supra*, n° 305, spéc. note 50.

(38) V. R. DAVID, *Les contrats en droit anglais*, 3^e éd., LGDJ, 1985, n° 201, pp. 143-144 ; O. MORÉTEAU, *Droit anglais des affaires*, Dalloz, 2000, n°s 406 et 407, p. 227, et n°s 448 et 449, pp. 252-254.

(39) *Miscellaneous Provisions*, sect. 1 (1) b.

même au cas d'impossibilité de constituer ou de produire le *deed*, de même que, à l'inverse, la seule présence de ces formes empêche de prouver que la volonté ainsi déclarée n'aurait cependant pas été réelle⁽⁴⁰⁾.

303. La forme auprès du consentement – D'autres formes, pour s'attacher elles aussi au consentement, ne le conditionnent toutefois plus dans son existence même. Sévissant à sa périphérie plutôt qu'en son sein, elles ne l'empêcheront pas de s'exprimer, même si leur méconnaissance pourra le priver d'effet. Ces formes-ci ne lui seront plus proprement consubstantielles.

Lorsque la loi soumet la validité de l'offre ou de l'acceptation de certains contrats à une forme particulière, elle ne remet pas en question l'existence du consentement exprimé sans cette forme ; tout au plus mettra-t-elle obstacle à son effet constitutif. Les cas sont nombreux où il est ainsi exigé du pollicitant ou de l'acceptant de se déclarer par écrit⁽⁴¹⁾, ou au moins selon une forme expresse⁽⁴²⁾. En toute rigueur, et pour autant qu'il ne s'agisse pas de simples conditions probatoires⁽⁴³⁾, cette inefficacité du consentement devrait logiquement entraîner l'inexistence du contrat plus encore que sa nullité⁽⁴⁴⁾.

S'il en va parfois autrement, c'est que certaines de ces dispositions ont pour objet spécial, en particulier lorsqu'elles s'attachent à l'expression de l'offre, d'assurer la bonne information du cocontractant auxquelles elles profitent, en sorte que l'on y voit volontiers en ce cas une condition d'intégrité du consentement de ce destinataire plutôt qu'une condition de validité de la déclaration qui lui est adressée. D'une autre nature, ces formes pourront dès lors trouver leur sanction dans la nullité relative du contrat conclu dans leur ignorance, ou encore dans une déchéance destinée à réprimer exclusivement le manquement du pollicitant⁽⁴⁵⁾. En toute hypothèse, une nullité absolue de la convention serait ici sans objet⁽⁴⁶⁾.

(40) Ce qui fait parfois dire que le *deed* s'analyserait comme un acte abstrait, en ce qu'il se détacherait de la volonté véritable de son auteur. V. not. en ce sens O. MORÉTEAU, *op. cit.* (*supra*, note préc.), n° 407, p. 227.

(41) Pour l'offre, v. par ex. C. consom., art. L. 121-27, au cas de démarchage à distance ; art. L. 311-11, pour l'offre de crédit à la consommation ; art. L. 312-7, pour l'offre de prêt immobilier ; et encore art. L. 312-26, pour l'offre de bail immobilier avec option d'achat ; C. trav., art. L. 1233-4, al. 3, pour l'offre de reclassement faite au salarié menacé de licenciement pour motif économique ; Règl. gén. AMF, art. 231-13, pour les offres publiques d'achat ou d'échange de titres sociaux ; C. marchés publics, art. 44 à 50, pour les offres des soumissionnaires à un marché public ; etc. Pour l'acceptation, v. not. C. consom., art. L. 121-27, à propos de la réponse du consommateur démarché à distance ; art. L. 121-64, pour l'acceptation d'un contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé ; art. L. 312-10 et art. L. 312-27, *in fine*, pour l'acceptation d'une offre de prêt immobilier ou de bail immobilier assorti d'une option d'achat ; C. mon. et fin., art. L. 313-29, pour l'acceptation d'une cession de créance professionnelle par le débiteur cédé, l'article exigeant même que cet acte d'acceptation porte un certain intitulé.

(42) V. par ex. C. civ., art. 16-10 et 16-11, pour le consentement à l'examen de son patrimoine génétique.

(43) Quoique, non prouvé, le consentement, ou le contrat, serait encore comme inexistant aux yeux du droit : v. *supra*, n° 144.

(44) Pour la démonstration, v. *supra*, nos 167 et 228.

(45) La nullité relative paraît constituer la sanction de principe pour toutes les dispositions du Code de la consommation qui imposent la forme écrite à l'offre du professionnel ou à l'acceptation du consommateur. V. ainsi C. consom., art. L. 121-76, pour l'offre et l'acceptation du contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé. Rapp. de même art. L. 121-31, qui autorise le consommateur démarché à agir en restitution des

(suite p. suiv.)

Les formalités prescrites pour condition de validité du consentement contractuel ne lui sont donc pas exactement constitutives. Mais la nullité des consentements entraînant elle-même l'inexistence du contrat qui en dépend, on relève au bout de l'analyse que ces formes se confondront déjà, même indirectement, à des solennités constitutives de cet acte.

§ 2 – La solennité constitutive de l'acte

304. D'hier à aujourd'hui – Contrairement à l'hypothèse précédente, la forme ne conditionne plus ici la volonté des contractants mais l'acte contractuel qui en résulte. Il ne sera pas discuté que les parties auront bien voulu contracter mais, malgré ce constat, on ne reconnaîtra aucune existence juridique à l'accord qui ne se sera pas conformé à la solennité requise. À nouveau ici, le phénomène s'étudie à travers son origine (A) et son actualité (B).

A - L'ORIGINE DU PHÉNOMÈNE

305. Une solennité archaïque – À l'origine, cela a été dit, l'inexistence ne se distinguait pas de la nullité⁽⁴⁷⁾. Condition de validité de tous actes juridiques, la forme solennelle était aussi et d'abord condition de leur existence. C'est ce principe archaïque que traduit l'adage *Forma dat esse rei*.

Le formalisme était alors essentiellement rituel : il avait pour but d'inscrire l'engagement dans l'ordre symbolique où il prenait sa force obligatoire, et non d'extérioriser un consentement qui, en tant que tel, restait encore indifférent⁽⁴⁸⁾. On a déjà évoqué sur ce point le formalisme constitutif de la *sponsio* romaine⁽⁴⁹⁾, et il faut naturellement y associer ici celui, même moins rigoureux, de la *stipulatio* par laquelle il deviendra possible de souscrire

paiements à la manière d'une action en annulation qui lui serait réservée. La déchéance, pour sa part, intervient pour l'essentiel à l'encontre du dispensateur de crédit, afin d'éviter les effets délétères que l'anéantissement du contrat de prêt produirait pour l'emprunteur : v. not. C. consom., art. L. 311-48, et art. L. 312-33, dern. al.

(46) Pour qu'une condition de forme soit sanctionnée par la nullité absolue du contrat, il faut qu'elle ait été prescrite pour condition de validité de ce contrat même, et non des déclarations qui le précèdent. La différence ne réside d'ailleurs pas que dans la sanction : alors que la validité formelle des consentements doit nécessairement se vérifier à l'instant où ceux-ci sont exprimés, les conditions de validité du contrat pourront toujours être satisfaites après la rencontre de ces volontés, par l'une ou l'autre des parties. Rappr. en ce sens J. SCHMIDT, *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982, n° 102, pp. 50-51, pour qui la forme de l'offre et de l'acceptation d'un contrat solennel demeure libre, même si la validité de l'accord reste subordonnée au respect d'une formalité supplémentaire.

(47) V. *supra*, n° 2.

(48) L'ordre d'exposition est donc ici plus juridique qu'historique : la chronologie adoptée est celle de la formation du contrat, qui découle du consentement, et non celle de l'évolution du formalisme, qui s'est d'abord attaché à l'acte juridique avant de remonter, une fois découverte, à sa source volitive.

(49) V. *supra*, n° 300, *in limine*. Sur cette analyse, v. par ex. J.-Ph. LÉVY, « Le consensualisme et les contrats », *Rev. sc. mor. & pol.* 1995, n° 2, pp. 209-217, spéc. p. 210, qui estime à propos de la question et de la réponse constitutives de la *sponsio* : « Ces mots sont indispensables, et la réponse doit correspondre mot à mot à la question. Sinon, le contrat est inexistant. »

toute espèce d'engagement⁽⁵⁰⁾. Mais ce sont bien tous les contrats solennels du droit romain, *verbis* ou *litteris*, qui répondaient de cette logique. La pénétration des droits germaniques dans l'Empire d'Occident n'a elle-même fait qu'accentuer cette préséance de la forme substantielle dans la perfection des contrats. Partout la solennité s'imposa alors pour seule condition de l'engagement contractuel⁽⁵¹⁾, masquant derrière le voile des apparences l'élément consensuel qui avait pourtant fini par percer aux derniers jours du droit romain.

306. Le consensualisme pour antagonisme – Dès lors que le consentement est apparu à la base du lien contractuel, la forme a peu à peu changé d'objet. Jusqu'alors requise pour condition d'existence de l'acte juridique, elle fut, là où elle ne disparut pas totalement, remployée pour sa plus large part à un usage probatoire. Le consensualisme s'opposait en effet, en son principe au moins, à ce que la naissance du contrat se trouve subordonnée à plus que le simple accord de deux volontés. La liberté de la forme devait prévaloir désormais dans la perfection du contrat comme elle s'est imposée dans l'expression préalable des consentements.

C'est dire que, autant que pour ces consentements, le formalisme *ad existentiam* d'un acte juridique contractuel fait nécessairement figure aujourd'hui d'exception, sinon d'anomalie. Tout contrat se définissant à présent comme un simple accord de volonté destiné à produire des effets de droit, et sa qualification particulière ne dépendant elle-même que des seuls effets voulus par les parties, la solennité ne tient normalement plus aucun rôle, ni dans la formation d'un contrat *sui generis*, ni dans celle d'un contrat spécial. Pour en aller autrement, il faudrait que la forme s'introduise jusque dans la définition même de l'acte⁽⁵²⁾, au risque de lui faire justement perdre alors sa nature conventionnelle⁽⁵³⁾.

(50) Même en son dernier état, il semble bien que la *stipulatio* supposait toujours pour valoir de promettre en réponse à une question formulée par son créancier. La traduction scripturale qui en fut admise à une époque tardive ne paraît jamais avoir eu pour fonction que d'établir l'existence de cet échange, et non de former en propre la stipulation. Comp. P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd., Dalloz, 1929, pp. 518-520 ; R. MONIER, *Manuel de droit romain*, t. II, *Les obligations*, 5^e éd., Montchrestien, 1954, nos 72 à 75, pp. 91-96 ; et J.-F. BRÉGI, *Droit romain – Les obligations*, Ellipses, 2006, pp. 140-149.

(51) D'où ce constat de P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, 2^e éd., PUF, t. I, *Les obligations*, 1969, n° 61, p. 72, à propos du droit franc : « On ne paraît jamais être allé aussi loin dans le formalisme qui ne s'accommode ni de clauses ni de nuances ; il est abstrait et exclut toute recherche de l'intention véritable ou du but ».

(52) V. not. M.-A. GUERRIERO, *op. cit.* (*supra*, note 14), p. 366 : « On peut conclure que l'inexistence en tant que telle n'a pas, en principe, de place dans la sanction de l'inobservation de la forme solennelle. La sanction normale de l'inobservation de la forme solennelle est donc la nullité. Cependant, pour certains actes juridiques, la forme solennelle est tellement liée à la conception qu'en adopte le droit français que son inobservation va faire perdre à l'acte sa qualification. » Rapp. égal. G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Defrénois* 2000, Journée Jacques Flour, *Le formalisme*, art. 37209, pp. 880-896, spéc. p. 892. *Contra* cep. : M. BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, th. Paris II, 1983, *Economica*, 1986, n° 146, p. 146, qui estime que « Le domaine de l'inexistence est [avant tout] celui du formalisme ».

(53) C'est ainsi que, en leur devenant proprement constitutives, les mentions obligatoires des effets de commerce les ont arrachés aux conventions qu'ils matérialisaient, si bien que, devenus totalement abstraits, ceux-ci n'ont aujourd'hui plus rien de contractuel. V. en ce sens G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 2, par Ph. Delebecque et M. Germain, 17^e éd., LGDJ, 2004, n° 1913, p. 2 : « l'effet de commerce a pris, avec le temps, une forme qui suffit à le caractériser. L'élément formel l'a emporté sur le fond. »

(suite p. suiv.)

Ce seul point explique que, lorsqu'elle s'impose au contrat, la forme solennelle soit très généralement sanctionnée par la nullité absolue de la convention et non par son inexistence. On est donc loin à cet endroit des excès de la théorie classique de l'inexistence et de ceux de ses apologistes qui voulaient lui faire répondre de toute espèce de formalités⁽⁵⁴⁾.

Il en résulte que les formes solennelles proprement constitutives ne peuvent logiquement plus porter aujourd'hui sur de simples conventions : il s'agira toujours d'actes juridiques relevant au moins autant du statut que du contrat. Celles que l'on rencontre encore de nos jours partagent en cela la même nature que les formes substantielles les plus archaïques. Mais parce que, à la différence des temps pré-consensualistes, les actes solennels reposent désormais sur un fonds consensuel, il est devenu possible d'y voir aussi des contrats. Ce sont ces actes hybrides qui serviront à illustrer l'actualité du phénomène.

B - L'ACTUALITÉ DU PHÉNOMÈNE

307. Des conventions soumises à une forme légale – Contrairement à ce qui valait pour la forme constitutive du consentement, les parties ne peuvent pas assujettir d'elles-mêmes leur accord à une solennité conventionnelle⁽⁵⁵⁾. Si elles le faisaient, celle-ci resterait en effet sans conséquence puisque l'on déduirait toujours de sa méconnaissance l'intention tacitement exprimée par les contractants d'y renoncer pour contracter

L'unique moyen de contourner cet écueil serait d'introduire dans la formation du contrat un élément qui, sans participer naturellement de sa définition, ne lui soit cependant pas étranger. Cette hypothèse particulière ne peut logiquement concerner que la figure du contrat réel, qui fait effectivement dépendre la formation du contrat, non plus d'une solennité extérieure, mais de sa propre exécution : v. *infra*, n° 311 et s. En ce cas seulement, la formalité pourra venir conditionner l'existence de la convention sans en changer la nature.

(54) V. ainsi V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 5^e éd., Cotillon, t. IV, 1855, n° 402, p. 344 : « La loi ne déclare nécessaires que les quatre conditions [de l'article 1108 du Code civil] que nous venons d'expliquer, parce qu'en effet elles sont les seules indispensables en principe et pour les contrats ordinaires. Mais on sait que, par exception, un cinquième élément est nécessaire dans les trois contrats littéraux et solennels. La rédaction par écrit, dans ce cas, n'est pas exigée seulement pour la preuve de la convention, elle devient une condition essentielle à son existence légale, et doit, au surplus, être accompagnée des autres formalités voulues (art. 1107, *in fine*). » ; F. LAURENT, *op. cit.* (*supra*, note 33), t. XV, n° 445, pp. 502-503 : « Dans les contrats solennels, il doit y avoir un écrit reçu par un notaire, s'il n'y a pas d'écrit, il n'y a pas de contrat » ; C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, A. Rousseau, 1900, XXXIV^e leçon, p. 492 : « Toutes ces formalités [C. civ., art. 931, 932, 933 et 948] sont exigées pour l'existence même de la donation ; s'il n'y a pas été satisfait, il ne faut pas dire que la donation est frappée de nullité, mais qu'il n'y a point de donation du tout. » Jusqu'à même L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 3^e éd., Sirey, t. I, 1938, n° 153, 2^e, p. 113, qui, distinguant pourtant parfaitement inexistence et nullité, voit lui aussi dans l'acte notarié une condition constitutive de la donation et du testament. Dans sa généralité, la proposition inaugurale de la théorie de l'inexistence était pourtant plus mesurée. V. Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français*, 1^{re} éd., F. Lagier, Strasbourg, t. I, 1839, § 37, pp. 66-67 : « L'acte nul diffère essentiellement de l'acte inexistant. L'acte inexistant est celui qui ne réunit pas les conditions essentielles à son existence de fait d'après les notions du droit philosophique, ou qui n'a pas été accompagné des solennités indispensables pour lui donner une existence juridique d'après l'esprit du droit positif. » La formulation traversera d'ailleurs les éditions, avec juste cette précision : « C'est à cette hypothèse que s'applique la maxime *Forma dat esse rei* » (4^e éd., Marchal & Billard, t. I, 1869, § 37, p. 119, note 4).

(55) Comp. *supra*, n° 302, *in limine*, spéc. note 34. L'idée que la forme convenue puisse toujours s'imposer au consentement de l'une des parties en l'absence de nouvel accord devient sans objet lorsqu'il comme ici question de la forme du contrat lui-même, lequel postule nécessairement, par définition, un tel accord.

finalement sans elle. Cette solution est la seule possible dans un système qui reste consensualiste en son principe.

Toute solennité constitutive du contrat ne peut donc s'imposer que par la loi. On la rencontre spécialement du côté des actes juridiques revêtus d'un caractère officiel, la forme solennelle servant alors à élever l'accord des parties jusqu'à la sphère étatique hors de laquelle l'acte ne produirait pas son effet⁽⁵⁶⁾.

308. Les conventions soumises à l'intervention d'un officier public – La forme notariée, lorsqu'elle est prescrite par la loi, ne s'impose au plus que comme condition de validité du contrat, et jamais de son existence : toute donation, tout contrat de mariage ou hypothèque conventionnelle n'en existera pas moins sans cette forme, même privé de ses effets. Il n'entre pas dans la définition de ces contrats spéciaux d'être forcément notariés, et l'on imagine fort bien qu'ils puissent ne pas l'être sans que cette liberté de forme dût les disqualifier.

Certes, l'acte notarié lui-même suppose nécessairement pour exister de revêtir la signature d'un notaire : sans celle-ci, et par définition toujours, l'acte ne sera plus notarié. En ce sens, il y aurait donc bien là une forme constitutive d'un acte juridique⁽⁵⁷⁾. Mais l'acte notarié n'est pas un contrat : il n'est qu'une forme, un mode de passation de toute espèce d'engagements, conventionnels ou non. *Instrumentum*, il ne fait pas le *negotium*, qu'il sert seulement à prouver, et parfois encore à valider. Au point que l'acte non signé du notaire, perdant le titre authentique, conserverait toujours la valeur probatoire d'un acte sous seing privé si sa validité ne s'en trouve pas affectée (C. civ., art. 1318).

Autre acte authentique, le mariage fournit une meilleure illustration de ce que pourrait être une convention soumise à une solennité *ad existentiam*. Plus qu'aucune autre condition en effet, le caractère public de l'union matrimoniale en constitue une condition de forme, et

(56) S'il fallait s'en tenir à la lettre du Code, on serait sans doute tenu de considérer que la récente réforme du droit des sûretés opérée par l'ordonnance du 23 mars 2006 aurait curieusement renoué avec le formalisme le plus ancien en introduisant un exemple anormal de contrat solennel. Le nouvel article 2336 du Code civil disposant en effet que « *Le gage est parfait par l'établissement d'un écrit* », et cette perfection s'entendant ordinairement comme visant la formation de l'acte (*per-facere* : faire complètement ; v. d'ailleurs en ce sens M. GRIMALDI, « Projet de réforme du droit des sûretés », RDC 2005, pp. 782-798, spéc. p. 789), il faudrait en conclure que sans cet écrit, le gage ne serait pas seulement nul mais inexistant, en contradiction avec la définition qu'en donne l'article 2333, qui ne fait aucune allusion à cette nature scripturale. En réalité, il est bien plus probable que cette disposition ait seulement voulu signifier que le gage ne produirait aucun effet, même *inter partes*, avant la rédaction de l'acte, sans pour autant subordonner par là son existence. Rapp. du reste l'article 2356, qui se contente d'imposer l'écrit « *à peine de nullité* [du] *nantissement de créance* ». Sur le gage, v. plus spéc. *infra*, n° 315.

D'autres dispositions font plus clairement de l'écrit et de certaines mentions une condition d'existence de l'acte juridique, mais celui-ci perd alors en convention et gagne trop en abstraction pour constituer encore une hypothèse pertinente. V. not. C. mon. et fin., art. L. 313-23, dern. al., issu de L. 81-1 du 2 janv. 1981, pour la cession ou le nantissement de créances professionnelles. Son analyse se rattache par conséquent plus volontiers à celle conduite au sujet des effets de commerce, *supra*, n° 306, spéc. note 53.

(57) V. en ce sens G. COUTURIER, *loc. cit.* (*supra*, note 52), spéc. note 55. Comp. 1^{re} civ., 29 nov. 1989, *Bull.*, I, n° 368 ; *Defrénois* 1990, art. 34802, n° 51, p. 738, obs. J.-L. Aubert, qui sanctionne de nullité absolue l'acte notarié dépourvu de la signature du notaire, alors que cette nullité affectait plus précisément la donation en cause pour inexistence de la forme notariée prescrite par l'article 931 du Code civil.

la présence de l'officier de l'état civil en est assurément une autre : le mariage se *célèbre* au cours d'une *cérémonie* conduite par ce représentant de l'État. Or celui-ci n'y a pas pour seul rôle de recueillir le consentement des parties : il a aussi celui, consécutif, de les déclarer mari et femme⁽⁵⁸⁾. S'il prend acte de leur accord, il fait acte de les unir. Son intervention n'est donc pas que formelle mais également substantielle en ce qu'elle est nécessaire, non pas seulement à la validité, mais à l'existence même du mariage⁽⁵⁹⁾. Hors sa présence et son

(58) En droit civil du moins car, selon le droit canonique, le ministre du culte n'a en effet conservé depuis le Concile de Trente (24^e session, 11 nov. 1563) qu'un rôle purement instrumentaire. Sa présence et sa bénédiction sont bien requises, en tant qu'il est celui par lequel Dieu assiste à l'union et l'approuve, mais ce n'est pas lui qui noue le lien, ce sont les époux eux-mêmes : le prêtre est seulement celui qui le valide.

La valeur constitutive de l'intervention de l'officier de l'état civil, directement déduite de la lettre de l'article 75 du Code civil en son dernier alinéa, est aussi soutenue par de nombreux auteurs. V. ainsi D. et A. DALLOZ, *Jurisprudence générale – Répertoire méthodique et alphabétique*, 2^e éd., t. XXX, 1860, v^o Mariage, n^{os} 213 et 375 ; A.-M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, 3^e éd., par Colmet de Santerre, t. I, Plon, 1895, n^o 245 bis. II, p. 357 : « *même après la déclaration faite par les futurs de la volonté qu'ils ont de se prendre pour mari et femme, il n'y a pas d'engagement tant que l'officier civil n'a pas prononcé au nom de la loi qu'ils sont unis par le mariage.* » ; F. LAURENT, *op. cit.* (*supra*, note 33), n^o 481, pp. 608-609 : « *l'officier de l'état civil n'est pas un simple témoin, un spectateur, car sa présence est nécessaire pour l'existence même du mariage : il n'y a pas de mariage quand il n'y a pas d'officier de l'état civil, comme il n'y a pas de mariage sans consentement. Vainement les parties consentiraient-elles, vainement leur consentement serait-il authentiquement constaté ; s'il n'y a pas d'officier de l'état civil, ou si l'officier ne prononce pas que les époux sont unis par le mariage, il n'y aura pas de mariage.* » ; M. PLANIOL, *op. cit.* (*supra*, note 26), t. I, 1922, n^o 849, pp. 279-280, et n^o 862, pp. 283-284 ; A. ROUAST, in *Traité pratique de droit civil français*, dir. G. Ripert, 2^e éd., LGDJ, t. II, *La famille*, 1959, n^o 69, p. 58 ; G. RAYMOND, *Le consentement au mariage*, th. Poitiers, 1959, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 62, 1965, p. 43 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil – Les personnes*, 3^e éd., Sirey, 1976, n^o 64, p. 72, et n^o 94, p. 119 : « *L'officier de l'état civil, après avoir recueilli le consentement des époux, prononce la formule d'union : « Au nom de la loi, je vous déclare unis par le mariage. » C'est un élément essentiel au mariage ; celui-ci est formé à ce moment précis et pas avant.* » ; F. TERRÉ et D. FENOUILLET, 7^e éd., Dalloz, 2005, n^o 369, p. 347 : « *Ainsi, l'officier joue, dans notre mariage civil, un rôle plus actif que le célébrant canonique. C'est lui qui unit les époux.* » La solution est également constante en jurisprudence : v. déjà Civ., 22 avril 1833, S. 1833, I, col. 645 : « *lors de la célébration d'un mariage, la déclaration des parties qui constate leur consentement libre et volontaire, et celle de l'officier de l'état civil qui prononce, au nom de la loi, que l'union conjugale est formée, sont des formalités substantielles, sans l'accomplissement desquelles il ne saurait y avoir de mariage* ». Contra cep. : J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *La famille, l'enfant, le couple*, 21^e éd., 2002, p. 655, qui estime que « *l'union célébrée par un personnage sans qualification légale sera tout au plus nulle pour incompétence radicale, non point inexistante pour défaut de célébration – pourvu, toutefois, qu'il y ait eu une célébration, un rite, l'appel à quelque chose de supérieur aux volontés individuelles, faute de quoi ce ne serait que concubinage.* »

(59) Le mariage fait sans publicité est nul pour clandestinité mais néanmoins existant. À telle enseigne que le Code civil ne le sanctionne que d'une nullité facultative (art. 191 à 193), ce qui ne pourrait se concevoir si l'acte faisait totalement défaut. Celui célébré par un individu non titulaire de la qualité d'officier de l'état civil, en revanche, n'est pas seulement clandestin, il n'est pas même un mariage. Mais l'absence de qualité n'est pas l'absence de compétence : un officier de l'état civil peut être incompétent, territorialement par exemple, sans perdre sa qualité. Ce qui justifie à nouveau que le Code civil sanctionne le vice d'incompétence de la même nullité facultative que le vice de clandestinité plutôt que par l'inexistence. Il en résulte que ni la condition de publicité ni celle de compétence de l'officier de l'état civil n'entre dans la définition du mariage. En ce sens, v. par ex. A. VALETTE, *Cours de Code civil professé à la Faculté de droit de Paris*, Germer Baillière, 1873, p. 280 : « *Il résulte de là que l'article 193, renvoyant à l'article 165, suppose le mariage contracté devant un officier de l'état civil, dont l'incompétence est alléguée. On ne s'occupe pas ici du cas extraordinaire où l'union aurait été célébrée par toute autre personne, telle qu'un ministre du culte, un notaire, etc. En pareil cas, le prétendu mariage serait non avenue ou inexistant, et non pas seulement affecté d'un vice d'incompétence* » ; V. MARCADÉ, *op. cit.* (*supra*, note 54), t. I, 1859, n^o 620, p. 456 : « *Les officiers de l'état civil sont les représentants de la société, les délégués de l'État, pour recevoir toute convention de mariage. Donc, toute union formée hors la présence d'un de ces officiers, le fût-elle d'ailleurs en face de cent témoins et du ministre du culte auquel ces parties appartiennent, ne pourrait constituer un mariage. [...] Du reste, il n'est pas nécessaire, pour l'existence du mariage, que l'officier qui le reçoit soit bien précisément celui qui devait tout spécialement recevoir le mariage. Pourvu que ce soit un des officiers de l'état civil, on ne peut plus dire que l'union se soit formée arrièrè de la société civile, et dès lors le mariage subsiste, le contrat civil s'est formé ; seulement, comme il est s'est formé irrégulièrement, l'incompétence de l'officier qui a procédé pourra faire obstacle à sa validité. Donc, dans ce cas, le mariage peut être annulable, mais jusqu'à l'annulation, il existe.* » ; puis n^o 670, p. 503 : « *il ne faut pas confondre* (suite p. suiv.)

office, il n'est pas de mariage nul mais bien inexistant. Si la solution peut se prévaloir de quelques décisions⁽⁶⁰⁾, elle est surtout de droit savant⁽⁶¹⁾ et se rencontre jusqu'en droit comparé⁽⁶²⁾. Pour en convenir, il suffit de faire de cette intervention formelle un élément de la définition même du lien matrimonial. On le concevra sans mal pour autant que l'on veuille bien définir le mariage comme l'union plénière⁽⁶³⁾, par le représentant de l'autorité publique, d'un homme et d'une femme qui se promettent de mener vie commune⁽⁶⁴⁾.

l'incompétence de l'officier, qui rend le mariage annulable, avec l'absence de tout officier, qui serait un cas de non-existence du mariage ».

(60) Pour l'inexistence du mariage non célébré par un officier de l'état civil : Trib. Casablanca, 8 déc. 1924, *Rev. crit. DIP* 1925, somm., p. 287 ; Req., 14 mars 1933, *S.* 1933, I, p. 68 ; Trib. civ. Seine, 8 avril 1959, *Rev. crit. DIP* 1960, somm., p. 617. Rapp. CA Paris, 8 déc. 1992, *D.* 1994, p. 272, note C. Hochart, qui estime que le mariage musulman célébré en France ne produit aucun effet de sorte que la séparation ne s'analysait que comme une rupture de concubinage. Et pour un mariage célébré devant les seuls voisins : CA Douai, 3 févr. 1989, *Juris-Data*, n° 050 191. *Contra* : CA Paris, 24 avril 1926, *DP* 1927, II, 9, note J. Escarra, qui valide le mariage catholique célébré en Mongolie entre un Français et une Américaine, faute de toute autre forme connue dans ce pays ; CA Bordeaux, 16 juin 1937, *DH* 1937, p. 539 ; *S.* 1938, II, p. 62 ; *RTD civ.* 1938, p. 75, obs. G. Lagarde, qui décide que n'est pas inexistant le mariage catholique célébré en Suisse alors qu'il n'y est pourtant pas plus reconnu qu'en France. Mais cette dernière décision répondait ce disant à la question de savoir si les époux avaient pu se croire mariés, de sorte que ce n'est peut-être pas tant l'existence d'un mariage civil qui était discutée que celle d'un mariage tout court auquel les intéressés auront cru, à tort, pouvoir attacher des effets civils. Comp. 1^{re} civ., 3 juin 1998, pourvoi n° 95-17384, qui énonce que la cour d'appel « a souverainement relevé l'existence d'un mariage » pourtant célébré à Rouen selon le rite algérien, sans la présence de l'officier de l'état civil. Mais s'agissant en l'occurrence d'appliquer la loi algérienne à la filiation de l'enfant né de cette union, il était seulement question de constater l'existence d'un mariage selon cette loi étrangère et non selon le droit français. Ce qui explique que l'appréciation des juges du fond était effectivement souveraine, sous la seule réserve du grief de dénaturation, alors qu'elle ne l'aurait pas été si cette même question de qualification s'était posée selon la loi française, que contrôle pleinement la Cour de cassation.

(61) Outre les auteurs préc., *supra*, note 59, v. à la source Ch. AUBRY et Ch. RAU, *loc. cit.* (*supra*, note 54), spéc. p. 67 : « On peut citer comme exemple d'acte inexistant [...] un mariage resté incomplet, parce que l'officier de l'état civil n'a point prononcé au nom de la loi l'union des deux époux. » Et encore 4^e éd., t. V, 1872, § 452, p. 14, note 1 : « Considéré quant à sa forme extérieure, et indépendamment des solennités relatives à la manifestation du consentement des contractants, le mariage exige, comme condition essentielle à son existence, que l'union des parties ait été prononcée au nom de la loi par un officier de l'état civil. — Tel est, en effet, la solennité constitutive du mariage, et sans laquelle il ne saurait exister, suivant la maxime *Forma dat esse rei*. » V. égal., à propos d'un officier de l'état civil qui célébrerait son propre mariage, Ph.-A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e éd., Garnery et Roret, Paris, t. VI, 1827, v° État civil, § V, VIII, p. 293 : « point de mariage, si le consentement à s'unir par ce lien sacré, n'est donné publiquement par les parties contractantes, en présence de l'officier de l'État civil compétent. Voilà la grande règle. » ; puis F. LAURENT, *op. cit.* (*supra*, note 33), n° 23, p. 37, qui conclut à son tour que « dans ce cas, il n'y aurait pas d'officier public, partant pas de mariage. »

(62) Là résiderait en effet le siège de la notion d'inexistence telle que reçue en Allemagne et en Autriche sous le nom de *Nichtehe* (*EheG*, § 11, al. 1^{er}). V. not. A. RIEG, in *Introduction au droit allemand*, t. III, *Droit privé*, dir. M. Fromont et A. Rieg, Cujas, 1991, p. 208, qui note à cet égard que « Si le concept d'inexistence est discuté en droit français, il ne fait aucun doute en droit allemand. » ; F. FERRAND, *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997, n° 464, p. 450. *Adde* 1^{re} civ., 16 juill. 1998, *Bull.*, I, n° 250 ; *D.* 1999, p. 51, note B. Fauvarque-Cosson ; *Dr. fam.* 1999, n° 10, note H. Fulchiron ; *Rev. crit. DIP* 1999, p. 509, note Y. Lequette, jugeant que « la cour d'appel a souverainement retenu que selon le droit allemand, le mariage célébré à Hambourg, sans intervention d'un officier de l'état civil, était inexistant ».

(63) Cette épithète pour distinguer encore le mariage des formes diminuées d'engagements de vie commune qui ont soudainement essaimé en Occident ses dernières années.

(64) Par cette définition, on s'autorise ainsi à reconnaître les mariages célébrés à l'étranger en la forme religieuse, même entre deux ressortissants français, tant que le ministre du culte peut passer dans ces pays pour représentant de l'autorité publique (C. civ., art. 171-1, al. 1^{er}, rédact. L. 2006-1376 du 14 nov. 2006). Sur la définition du mariage, v. plus spéc. *infra*, n° 393.

Les mariages consulaires posent pour leur part une question plus compliquée. L'union célébrée en la forme religieuse au consulat de France en Égypte serait certainement inexistante, quelle que soit la nationalité des époux, et la même union célébrée au consulat d'Égypte en France entre deux ressortissants égyptiens serait, quant à elle, certainement existante et valable. Le problème ne se pose que lorsque le consul célèbre en

(suite p. suiv.)

La difficulté reste toutefois que le caractère substantiel de cette intervention pourrait justement suffire à remettre en cause la nature contractuelle du mariage. Retardant sa formation à la déclaration de l'officier de l'état civil, il serait tout aussi possible d'estimer en effet que le mariage civil tient tout entier dans cette proclamation et que l'accord des époux, pour en être la condition nécessaire, n'en serait jamais que le préalable et non l'élément constitutif. En rupture avec son histoire contractualiste, cette conception purement institutionnelle s'autoriserait suffisamment de la définition précédemment retenue du mariage, si bien que l'on ne trouverait plus là, en dernière analyse, un cas de contrat solennel.

Le rôle du greffier enregistrant le pacte civil de solidarité apparaît quant à lui bien différent. Ce n'est pas lui qui fait l'engagement, sur lequel il n'opère du reste qu'un contrôle restreint⁽⁶⁵⁾ : il n'intervient qu'à fin de procéder à un enregistrement qui lui confère date certaine et conditionne son effet (C. civ., art. 515-3 et 515-3-1, al. 3). Cette formalité ne se présente donc tout au plus que comme une condition de validité de la convention et aucunement de son existence. La définition légale du pacte civil de solidarité telle que posée à l'article 515-1 du Code civil confirme du reste l'analyse, qui ne mentionne nulle part l'enregistrement ni aucune autre forme comme lui étant constitutive.

Et le même constat s'impose plus évidemment encore pour l'immatriculation d'une société au registre du commerce et des sociétés réalisée par le greffier du tribunal de commerce. L'enregistrement commande bien en ce cas la naissance de la personnalité morale, mais nullement celle du contrat de société lui-même, dont ni l'existence ni même la validité ne dépendent de cette formalité.

Seule la vente aux enchères conclue par le ministère d'un commissaire-priseur pourrait peut-être constituer un cas véritable de contrat solennel soumis à une forme *ad existentiam*. Si l'on veut bien admettre en effet qu'une telle vente ne devient parfaite qu'à l'instant de

ses formes un mariage mixte entre l'un de ses ressortissants et un national du pays de résidence. Un tel cas de figure révèle alors en effet la nature profondément ambivalente de la forme substantielle qui, mâtinée à la fois de forme et de fond, devient dans ces circonstances le siège d'une opposition entre trois règles de conflit : *locus regit actum* désigne la loi du pays de célébration pour en régler la forme ; *auctor regit actum* désigne au contraire la loi de l'autorité consulaire célébrant le mariage ; tandis que la loi personnelle des époux, que le caractère substantiel de la formalité permettrait de convoquer pour rattachement auxiliaire (v. *supra*, n° 297, spéc. note 19), se divise elle-même en fonction de la nationalité respective des deux époux. La théorie de l'extra-territorialité diplomatique offrait hier le moyen d'ignorer la difficulté, en désignant la loi de l'autorité consulaire pour *lex loci actus* autant que pour *lex auctoris*, mais elle a fini par passer en sorte que le problème se pose aujourd'hui pleinement. Le Code civil autorise bien la célébration de mariages mixtes en la forme consulaire française à l'étranger, mais seulement dans une douzaine de pays limitativement énumérés par décret (art. 171-1, al. 2 et 3, et décr. 26 oct. 1939), si bien que le principe semble plutôt aller en l'état à leur interdiction. C'est bien du reste cette tendance qui paraît se dégager des quelques décisions rendues sur cette question par les juridictions françaises. En toute hypothèse cependant, dès lors que le mariage consulaire a bien été célébré par une autorité étatique, même incompétente, seule sa validité, et non plus son existence, devrait pouvoir être mise en cause. V. ainsi CA Douai, 1^{er} avril 1936, *DP* 1936, II, p. 70, note A. Rouast, qui décide que « le mariage contracté en France devant un consul étranger par un étranger et une Française n'est pas inexistant, mais seulement entaché de nullité » ; Trib. civ. Seine, 31 mars 1952, *Rev. crit. DIP* 1952, p. 330, note H. Batiffol ; CA Versailles, 27 mai 1999, *D.* 1999, SC, p. 374, obs. J.-J. Lemouland ; *RTD civ.* 1999, p. 604, obs. J. Hauser, qui juge à son tour qu'un mariage célébré entre un Égyptien et une Française au consulat égyptien en France sans la présence de l'officier de l'état civil « est nul d'une nullité absolue et non pas inexistant ».

(65) Décr. 2006-1806 du 23 déc. 2006, art. 1^{er}.

son prononcé par l'officier ministériel, celui-là même où le coup de maillet vient matérialiser l'accord des parties, on en déduira que l'absence de cette proclamation ne fera pas que mettre obstacle aux effets du contrat, mais en empêchera jusqu'à sa formation même.

309. Les conventions soumises au prononcé d'une décision de justice –

Certaines conventions dépendent non plus de l'intervention d'un officier public mais de celle du juge lui-même. Comme par analogie avec l'hypothèse précédente, celle de l'adjudication judiciaire se présente immédiatement à l'esprit : pour autant que l'on accepte de voir dans la vente formée sous autorité de justice un contrat conclu entre l'acquéreur adjudicataire et le créancier poursuivant mettant en vente les biens de son débiteur⁽⁶⁶⁾, on admettra volontiers que la perfection de cette convention se trouve réalisée à son tour au seul instant de son prononcé par le juge, ainsi qu'il en irait finalement de toute vente aux enchères conclue sous le contrôle de l'autorité publique⁽⁶⁷⁾. Dans ces deux cas de ventes solennelles, la forme semble donner l'existence même à l'engagement, en sorte que l'absence du prononcé par le juge ou le commissaire-priseur obligerait à conclure à l'inexistence de la convention elle-même⁽⁶⁸⁾.

Mais ailleurs, les hypothèses convainquent moins. Celle du divorce par consentement mutuel pourrait même venir apporter un démenti nouveau à l'analyse contractualiste du

(66) Pour la reconnaissance de ce contrat, v. déjà *supra*, n° 127, *in medio*.

(67) V. *supra*, n° 308, *in fine*. Sur le moment de la formation de la vente par adjudication, v. *supra*, n° 157, spéc. note 378.

(68) Rappr. A. ENGEL-CRÉACH, *Les contrats judiciairement formés*, th. Paris X, 2001, Economica, 2002, n° 132, p. 88, qui, tout en tempérant l'analyse contractuelle de l'adjudication, estime que « *Le juge ne se contente pas de constater un contrat déjà né. Tant que le juge de l'exécution n'est pas intervenu, le « contrat » translatif de propriété n'existe pas ; c'est le jugement d'adjudication qui le crée* ».

Cette conception civiliste de la vente sous autorité de justice n'interdit pas de conférer à l'accord, ainsi formalisé par le juge, la valeur d'une décision judiciaire. L'opération est contractuelle sur le fond, mais judiciaire quant à la forme. Comme pour le jugement de divorce ou d'adoption donc, les voies de contestation de la décision se limiteront aux seuls recours juridictionnels puisque *Voies de nullité n'ont lieu contre les jugements* (décr. 92-755 du 31 juillet 1992 relatif aux procédures d'exécution, art. 131, et décr. 2006-936 du 27 juill. 2006 relatif aux procédures de saisie immobilière, art. 88, al. 2). Reste que le juge n'exerçant en l'occurrence aucun contrôle quant à la validité au fond de l'opération hors des incidents qui auront été régulièrement élevés avant le jugement, il en résulte que, contrairement à ce qui prévaut pour le divorce ou l'adoption, l'action intentée au principal en contestation de la validité de la convention elle-même devrait rester recevable. Ce en quoi un contrat judiciaire n'est pas une convention homologuée ni un jugement convenu (v. *infra*, n° 378). V. en ce sens M. et J.-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 6^e éd., Litec, 2001, n° 1413, p. 453 (comp. 8^e éd., Litec, 2009, n° 1398, p. 435). Et en jurisprudence : 2^e civ., 8 oct. 1997, *Bull.*, II, n° 245, qui accueille l'action en nullité intentée par le donateur d'un bien ultérieurement saisi par un créancier du donataire, estimant au surplus que la prescription de l'article 1304 du Code civil était inapplicable comme ne s'imposant qu'aux parties à la convention ; et 3 oct. 2002, *Bull.*, II, n° 206, qui décide que l'action en nullité relative introduite contre l'adjudication est recevable, et échapperait là encore à la prescription quinquennale de l'article 1304 au motif cette fois que sa forme judiciaire la soustrairait aux dispositions applicables au droit commun des contrats. *Contra* cep. 2^e civ., 11 juin 1997, pourvoi n° 95-16354, qui rejette, sur le fondement de la déchéance applicable aux contestations de saisie immobilière, le pourvoi qui reprochait à une cour d'appel de ne pas avoir accueilli une action en annulation de l'adjudication pour vice du consentement. Comp. A. ENGEL-CRÉACH, *op. cit.*, n°s 159 à 268, pp. 109-180, qui n'admet de recours contractuel qu'à l'encontre des conventions préexistant au jugement, et l'accueille même alors quelle que soit l'étendue du contrôle exercé par le juge, tout en justifiant cependant que la vente sur adjudication puisse faire elle aussi l'objet d'un tel recours par le fait que son prononcé ne constituerait pas alors un véritable acte juridictionnel (n° 178, p. 123).

mariage. Si l'on accorde en effet un peu de crédit au parallélisme des formes, on ne manquera pas de tirer des conditions de dissolution du lien matrimonial quelque conclusion quant aux conditions de sa formation. Car, que constate-t-on ? Que le divorce est un acte purement juridictionnel, et par là institutionnel. Même en effet lorsqu'il est prononcé par consentement mutuel des époux, il l'est toujours en réalité par le juge⁽⁶⁹⁾. Certes, celui-ci homologue la convention qui lui est soumise et s'assure, en leur présence, de la constance de la volonté des époux. Mais cette homologation judiciaire n'est pas une condition d'existence de l'accord des parties, qui a été précédemment conclu devant l'avocat, et le contrôle exercé par le juge sur la réalité des consentements n'a pas pour objet de former un nouvel accord, seulement de vérifier la persistance de celui qui lui est présenté⁽⁷⁰⁾. L'homologation, et ce contrôle, ne sont ainsi que les conditions du prononcé consécutif du jugement qui seul dissout le mariage⁽⁷¹⁾. Le divorce en lui-même n'a donc rien de proprement contractuel ; la forme judiciaire n'y est pas une condition d'existence du contrat mais de l'acte solennel qui le supplante.

L'adoption procède elle-même d'un schéma similaire. Historiquement conçue comme une convention passée entre l'adoptant et l'adopté, elle ne conserve plus grand-chose aujourd'hui de cette origine contractuelle. Comme le mariage, son évolution a été celle d'une institutionnalisation. Si accord il y a encore parfois, ce n'est plus que lorsque l'adopté est âgé de plus de treize ans, auquel cas son consentement est effectivement requis (C. civ., art. 345 et 360, al. 3), ou avec la famille d'origine lorsqu'elle est connue et qu'il est question d'une adoption plénière (art. 348-3). Et même en ces cas, l'analyse contractuelle demeure douteuse : il semble plus juste de concevoir ces deux consentements conjoints comme étant destinés, non à former une convention, mais simplement à permettre l'adoption qui sera décidée et prononcée seul par le juge (art. 353)⁽⁷²⁾.

(69) En sorte que la terminologie antérieure à la réforme opérée par la loi du 26 mai 2004 était plus précise, qui parlait de divorce *sur* demande conjointe plutôt que *par* consentement mutuel, de la même manière que l'on nommait plus justement, et plus simplement, divorce sur demande acceptée celui que le Code qualifie dorénavant de divorce par acceptation du principe de la rupture.

(70) Ce faisant, on accorde, jusqu'à la décision du juge, un droit de rétractation aux parties, comme il en va parfois pour d'autres contrats (v. *supra*, n° 220). La convention de divorce ne constitue d'ailleurs pas à proprement parler un contrat puisqu'elle ne produit en elle-même aucun effet juridique : elle est seulement une condition préalable au prononcé et au règlement du divorce par le juge. Ce qui justifie d'autant que les consentements des époux puissent être jusqu'alors repris. Sur cette analyse de la convention de divorce comme simple projet dépourvu de valeur contractuelle, v. par ex. L. ROZÈS, « Projets et accords de principe », in *La négociation du contrat*, colloque Univ. sc. soc. Toulouse, 19 mai 1998, *RTD com.* 1998, n° 3, pp. 501-510, spéc. n° 8, p. 505.

(71) Même si l'une et l'autre interviennent au cours de la même audience, les articles 232 et 250-1 du Code civil (rédict. L. 2004-439 du 26 mai 2004) distinguent clairement l'homologation du prononcé du divorce. Cette stricte distinction de la convention homologuée et du jugement de divorce consécutif suffirait ainsi, jointe à la nature non contractuelle de cette convention, à expliquer, mieux que l'argument inverse tiré d'une quelconque indivisibilité, que la Cour de cassation exclue tout autre recours que juridictionnel en la matière (2^e civ., 6 mai 1987, *Bull.*, II, n° 103 ; 13 nov. 1991, *Bull.*, II, n° 303 ; 2 avril 1997, *Bull.*, II, n° 103), alors qu'elle reçoit au contraire les causes d'annulation propres aux conventions pour les véritables contrats homologués que constituent, par exemple, les conventions modificatives de régime matrimonial (1^{re} civ., 14 janv. 1997, *Bull.*, I, n° 20 ; D. 1997, p. 273, rapp. X. Savatier) ou les conventions de partage en présence d'un indivisaire incapable (C. civ., art. 887 et s.).

(72) De sorte que, comme pour le divorce, la Cour de cassation écarte tout recours autre que juridictionnel
(suite p. suiv.)

Quant aux plans de sauvegarde, de continuation ou de cession de l'entreprise en difficulté, ils ne relèvent pas plus d'une nature conventionnelle. Le rôle du juge ne consiste pas alors en effet à homologuer un accord intervenu entre le débiteur et ses créanciers ou un repreneur mais à arrêter lui-même le plan en choisissant les propositions qui lui sont soumises et qui lui paraissent les plus favorables. Que ces offres puissent résulter à l'occasion de la concertation des différentes parties ne suffit pas à en faire des contrats, puisque ce sera toujours la volonté du juge, et non la leur, qui déterminera le plan finalement arrêté⁽⁷³⁾. Il pourra bien arriver que la décision du tribunal aille parfois dans le même sens que l'accord des parties concernées, mais il n'y a rien là de nécessaire, le juge pouvant aussi bien préférer une offre unilatérale de reprise d'un tiers cessionnaire à une offre concurrente de continuation du débiteur, ou inversement. Il s'y ajoute que, même pour le plan de cession, il est loin d'être assuré que le jugement suffise à opérer le transfert, la loi paraissant disposer au contraire que l'ordonnance obligerait les parties à passer les contrats arrêtés⁽⁷⁴⁾. Si bien que, ici encore, la décision judiciaire ne semble pas devoir se poser comme condition de forme nécessaire à l'existence d'un contrat préalable ou concomitant mais, tout au plus, comme condition de fond subordonnant la validité d'un contrat à venir⁽⁷⁵⁾.

310. Conclusion – La moisson s'avère donc finalement assez maigre. Les contrats solennels au sens le plus strict ont certainement existé ; ils en constituaient même la plupart à une époque où la nullité ne se distinguait pas encore de l'inexistence. Mais depuis que les contrats ne se définissent plus que par la seule référence à la volonté des parties, et aux effets que celles-ci poursuivent, la forme solennelle ne se présente plus guère que pour condition de l'efficacité du contrat et non de son existence même. Loin d'être proprement constitutive de la convention, la solennité le sera d'un acte distinct qui lui succédera et que l'accord préalable ne fera tout au plus que conditionner.

Lorsque, malgré tout, la forme paraît avoir encore cette portée, on observe que le contrat ne répond déjà plus tout à fait à sa définition. La convention se mâtime alors de

contre le consentement à l'adoption : 1^{re} civ., 27 nov. 2001, *Bull.*, I, n° 292 ; *JCP* 2002, I, 165, n° 7, obs. J. Rubellin-Devichi ; *Dr. fam.* 2002, n° 57, note P. Murat ; *RTD civ.* 2002, p. 82, obs. J. Hauser.

(73) V. par ex. 3^e civ., 1^{er} avril 1998, *Bull.*, III, n° 79 ; *D. Aff.* 1998, p. 805, note A. Lienhard, ayant jugé que le « plan de cession n'avait pas le caractère d'une aliénation volontaire ».

(74) E.g. C. com., art. L. 642-8, rédact. L. 2005-845 du 26 juill. 2005, qui fait obligation au liquidateur ou à l'administrateur de passer « tous les actes nécessaires à la réalisation de la cession. » Sous l'empire des textes antérieurs déjà, la Cour de cassation avait jugé que l'obligation du repreneur de payer le prix de la cession arrêtée n'était pas de nature contractuelle : Com., 26 oct. 1999, *Bull.*, IV, n° 193 ; *D. Aff.* 1999, p. 67, note A. Lienhard ; *D.* 2000, p. 383, note A. Péliissier ; *JCP E* 2000, I, 127, n° 7, obs. M. Cabrillac et Ph. Pétel, et II, 564, note F. Delfour ; *Deffrénois* 2000, art. 37237, p. 1128, obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 2000, p. 835, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD com.* 2000, p. 452, obs. A. Laude, qui condamne le cessionnaire au visa de l'article 1371 plutôt que 1134 du Code civil. Et plus explicite encore : Com., 22 juin 1993, *Bull.*, IV, n° 263 ; *JCP E* 1993, I, 295, n° 7, obs. M. Cabrillac et Ph. Pétel ; *Dr. sociétés* 1993, n° 183, note Y. Chaput, qui distingue parfaitement la résolution du plan de cession de celle de la vente intervenue pour son exécution.

(75) Comme pour le divorce donc, seuls les recours juridictionnels devraient être recevables contre des jugements qui ne forment ni ne valident aucun contrat : Com., 19 oct. 1993, *Rev. proc. coll.* 1999, obs. P. Canet.

statut, en sorte que son examen ne relève plus qu'à la marge du problème de l'inexistence du contrat. Du côté des solennités constitutives du consentement comme de celui des solennités constitutives du contrat qui lui succède, le mariage apparaît ainsi comme la figure incontournable de la convention soumise à un formalisme *ad existentiam*. Mais une analyse purement institutionnaliste de l'engagement matrimonial suffit alors à en disqualifier l'hypothèse. Si bien que, à cette aune, ne demeurerait pour cas de contrat strictement solennel que la vente par adjudication, où la proclamation du juge comme du commissaire-priseur forme la convention en même temps qu'elle la constate.

La conclusion s'impose donc en définitive : sauf rare exception, l'existence du contrat n'est plus guère soumise aujourd'hui à la moindre forme solennelle. Si sa perfection dépend encore parfois d'une forme, celle-ci consistera bien plutôt en l'exécution elle-même.

SECTION II

LE CONTRAT PARFAIT PAR SON EXÉCUTION : LE CONTRAT RÉEL

311. L'exécution pour condition de formation – Il y a une sorte de contradiction à retarder la formation d'un contrat à son exécution. Une fois la prestation exécutée, il n'est en effet plus rien à exiger, si bien que le contrat en perdrait dès cet instant son objet. À peine né, l'engagement s'en trouverait simultanément éteint par son paiement, de sorte qu'il n'existerait en réalité jamais.

Pour que la figure ait un sens, il faut donc que le contrat réel produise un autre effet, qui ne tienne pas seulement dans la prestation accomplie d'emblée, mais dans celle restant encore à fournir par le même ou par le cocontractant. À cette condition, le contrat réel pourra bien retarder sa formation au commencement d'exécution, ou à l'exécution de l'un tout en ayant encore pour objet l'exécution de l'autre.

La condition de formation tenant dans l'exécution d'une obligation est très certainement d'abord une condition de fond, dès lors que cette exécution revêt un intérêt propre, distinct de toute idée de formalité. On ne s'exécute pas, le plus souvent au moins, pour extérioriser quoi que ce soit, mais bien pour délivrer la prestation attendue par son créancier. Le paiement n'a pas pour fin première de matérialiser le contrat ; c'est bien plutôt le contrat qui a celle de contraindre à ce paiement. Il n'empêche : chaque fois que l'exécution s'opère physiquement, elle présente nécessairement aussi un aspect formel. Il suffira alors de lui conférer pour fonction de matérialiser l'engagement pour en faire une véritable condition

de forme de ce dernier. Érigée sur un élément de fond du contrat, une telle formalité en constituera finalement bien une forme substantielle⁽⁷⁶⁾.

Contrairement au contrat solennel, donc, la forme du contrat réel lui est intrinsèque et naturelle. Non pas qu'il soit naturel de subordonner la formation du contrat à son exécution, mais simplement que, ce faisant, on introduit au stade de la formation un élément qui en procède de toute façon. Formel, le contrat réel l'est déjà moins en ce sens que ne l'est le contrat solennel⁽⁷⁷⁾.

S'agissant de formaliser l'engagement, l'exécution en cause devra nécessairement se traduire physiquement. À ce titre, la remise d'un bien le matérialisera mieux qu'aucune autre prestation. C'est bien du reste parce que ces contrats sont historiquement assujettis à la remise d'une chose que l'on a pu les qualifier de réels⁽⁷⁸⁾, au point que l'hypothèse du contrat parfait par son exécution se réduise même pratiquement à cette seule figure. Mais en soi, rien n'impose de borner son domaine à celui-là. On pourrait fort bien imaginer que les contractants prévoient de subordonner la conclusion de leur convention à l'exécution formelle d'une prestation ou d'un comportement quelconque, sans avoir besoin pour l'un d'eux de remettre aucun de ses biens à son cocontractant. Si la tradition a retenu la seule dépossession pour condition de formation du contrat, c'est probablement que cette prestation particulière n'a historiquement pas eu pour seul objet de formaliser l'engagement. En plus de donner corps à la convention, la délivrance du bien symbolise en effet mieux que tout autre comportement le rapport juridique qui se noue entre les parties ; cet élément matériel représente alors ce que le créancier tient et possède de la personne de son débiteur. De ce point de vue, il est aussi un instrument probatoire. L'histoire raconte ainsi comment la catégorie des contrats réels s'est peu à peu circonscrite aux seules conventions entées sur la remise d'une chose.

312. Fortune passée et actuelle des contrats réels – On estime parfois, à l'aune du droit romain, que le contrat réel serait apparu après le contrat solennel, comme une évolution de celui-ci, et qu'il aurait ainsi constitué l'étape intermédiaire menant vers le consensualisme⁽⁷⁹⁾. Il est pourtant plus probable que les contrats réels furent les premiers

(76) Rapp. en ce sens V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, th. Chambéry, 2005, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 480, 2007, nos 274 à 299, pp. 195-215. Sur la qualification de forme substantielle, v. *supra*, n° 297.

(77) V. ainsi A.-F. EYRAUD, *Le contrat réel*, th. Paris I, 2003, n° 217, pp. 174-175 : « ce formalisme s'inscrit naturellement dans l'opération contractuelle. À l'inverse, la solennité est greffée à l'opération, au stade de la conclusion du contrat, pour préciser et stigmatiser le moment de la formation. » ; et encore n° 220, note 650, p. 179 : « On le voit, le formalisme du contrat réel est naturel par rapport à l'opération, tandis que le formalisme du contrat solennel est rajouté ». Subsumant, au contraire, le contrat réel sous le contrat solennel : Ph. REIGNÉ, *La cause efficiente du contrat en droit privé français*, th. Paris II, 1993, nos 101 à 117, pp. 119-136.

(78) Du moins est-ce l'étymologie la plus évidente : seraient ainsi réels les contrats qui n'apparaissent qu'avec la remise d'une chose (lat. *res*), censée figurer le lien juridique noué entre les contractants. Mais on pourrait tout aussi bien estimer que la *res* en cause dans cette qualification ne vise pas tant une chose extérieure servant de support au contrat que ce contrat lui-même, devenant réel, c'est-à-dire chose sensible lui-même, dès que son exécution vient à le matérialiser.

(79) V. par ex. C. PLESNILA, *Analyse critique de la théorie des contrats réels*, th. Paris, 1910, pp. 38-40 ; (suite p. suiv.)

connus : à une époque où le religieux ne régnait peut-être pas encore, l'obligation ne pouvait naître que du simple fait, dépourvu de tout attribut mystique. Le don, qui obligeait à rendre la pareille, fut vraisemblablement la première technique d'échange, et ce prototype de tous les contrats procédait bien, à l'évidence, d'une dépossession. Ce n'est que lorsque la forme solennelle est venue se joindre au soutien de l'engagement que l'on a pu se détacher de cette condition d'exécution préalable et habiller la convention de ses oripeaux sacramentels⁽⁸⁰⁾. De ces deux formalismes, il semble par conséquent que c'est bien plutôt la solennité qui, en enveloppant le consentement déclaré à son occasion, aura été l'instrument de l'avènement consensualiste⁽⁸¹⁾. D'abord introduite pour symboliser l'ancienne dation, la forme solennelle finira par symboliser bientôt le consentement qu'elle aura fait apparaître, lequel se sera ainsi, par son truchement, substitué à l'exécution pour condition constitutive des conventions.

Ce qui a pu tromper, c'est que le droit romain a connu deux phénomènes qui ont laissé voir la forme solennelle précéder le réalisme contractuel. Le premier est d'ailleurs purement apparent : visant les cas dans lesquels les actes translatifs abandonnèrent leurs solennités pour ne plus conserver que leur aspect réel, on a perdu de vue que ces actes avaient toujours été soumis à la condition de remise de la chose, et que les formes solennelles qui s'y joignirent un temps n'avaient certainement pas précédé celle-là⁽⁸²⁾. Plus justement, on a encore observé que le droit prétorien avait lui-même accordé une action, auparavant réservée aux engagements solennels et quelques rares contrats consensuels, pour tous contrats innommés, sous la condition pour le créancier d'avoir exécuté sa propre prestation⁽⁸³⁾. Ce faisant, on n'a pas manqué de signaler que le droit romain aurait ainsi fait du contrat réel le principe de toute action, de sorte que la condition d'exécution préalable aurait finalement succédé à celle reposant sur le respect de la forme solennelle. Mais s'il existait évidemment des contrats solennels en droit romain, les contrats innommés ici en cause ne l'ont jamais été ; pour eux, la première forme fut celle de l'exécution préalable,

H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations – Théorie générale*, 9^e éd., par F. Chabas, Montchrestien, 1998, n° 79, p. 70.

(80) Pour cette antériorité du réel sur le solennel, v. par ex. H. DECUGIS, *Les étapes du droit des origines à nos jours*, 2^e éd., Sirey, 1946, t. I, p. 122.

(81) Sur cette évolution, v. *supra*, n° 115. Un exemple le montre assez bien : par deux fois dans leur histoire, en droit romain et dans l'ancien droit français, les donations, jusqu'alors exclusivement manuelles, furent soumises à des formes solennelles, en 323 d'abord, par une constitution de CONSTANTIN (insinuation *ad validitatem*), puis par les ordonnances royales de 1539 (insinuation *ad opposabilitatem*) et de 1731 (acte notarié *ad validitatem*). À chaque fois, ce formalisme nouveau permit aux donations de produire leurs effets avant toute tradition du bien, et conféra une importance particulière aux consentements ainsi vêtus. Au point que, poursuivant le mouvement, JUSTINIEN consacra la force obligatoire des donations conclues par simple convention (Cod. Justinien, VIII, LIV, 35), et que le Code civil des Français en rappellera lui-même la nature conventionnelle (art. 938).

(82) C'est bien ce qui se passa lorsque le formalisme purement réel de la *traditio* supplanta celui à la fois réel et solennel de la *mancipatio* : l'opération demeura essentiellement la même, mais on n'en conserva que le caractère réel en la débarrassant de ses autres formes lorsque les besoins du commerce en firent ressentir la pesanteur.

(83) Cod. Justinien, IV, LXIV ; Dig., XIX, v.

et ils n'en connurent aucune autre. Si bien que cet exemple tendrait à vérifier plutôt qu'à démentir l'hypothèse selon laquelle l'exécution fut le premier formalisme contractuel⁽⁸⁴⁾.

Il apparaît donc que tous les contrats n'ont pas été soumis au cours de leur histoire à une forme solennelle, alors que le formalisme réaliste semble avoir été beaucoup plus répandu. Au point que la question se pose de savoir s'ils ne l'auraient pas tous connu, au moins à une époque primitive de leur histoire. Outre le dépôt, le prêt et la donation, on sait ainsi que le louage, la vente ou l'échange, exigèrent longtemps la tradition du bien ou le paiement au comptant pour condition de leur formation⁽⁸⁵⁾. Et le même constat s'impose avec plus de certitude encore dans les anciens droits germaniques, pour lesquels il est acquis que la plupart sinon la totalité des engagements, même non translatifs, se constituaient par le biais de la remise d'une chose, souvent symbolique, destinée à matérialiser l'accord⁽⁸⁶⁾.

Ce n'est que plus tard, sous l'influence conjuguée de l'Église et des romanistes médiévaux, que l'exécution préalable passa progressivement de sa nature de condition constitutive à celle d'un simple terme suspensif de l'exigibilité de l'obligation, avant de perdre finalement même tout effet moratoire. Les contrats translatifs, en particulier, n'échappèrent pas à ce courant consensualiste. La première étape fut d'admettre que le simple accord des parties puisse suffire à former l'engagement, tout en retardant encore son effet translatif à l'exécution de l'obligation personnelle de délivrance. Puis, lorsqu'un droit plus élaboré permit de détacher la propriété de la simple détention⁽⁸⁷⁾, la transmission put finalement s'opérer sans aucune déposssession matérielle, de sorte qu'il devint possible de parfaire le transfert en même temps que la formation du contrat, *solo consensu*⁽⁸⁸⁾. Du moins a-t-il pu en aller ainsi pour les contrats translatifs de droit réel. Car pour les contrats réalisant un transfert nécessairement matériel, et non purement juridique, comme le sont le prêt ou le dépôt, le simple consentement n'y suffisait pas. Pour ceux-là, la délivrance de

(84) Le droit grec, qui inspira l'ancien droit romain, était lui-même de nature essentiellement réaliste : v. D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007, pp. 112-114.

(85) Sur l'origine réaliste du contrat de bail, v. P.-F. GIRARD, *op. cit.* (*supra*, note 50), pp. 603-604 ; R. MONIER, *op. cit.* (*supra*, *ibid.*), n° 128, p. 169. Quant à la vente et l'échange, ils trouveraient leurs origines romaines dans une opération au comptant (R. MONIER, *préc.*, n° 104, p. 130 ; J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, n° 481, p. 714), et leurs racines germaniques dans un engagement formé autant par la remise du bien que par le paiement du prix (P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *op. cit.* (*supra*, note 51), n° 258, pp. 282-283).

(86) Sur cette omniprésence de la *res prestita* aux temps mérovingiens, v. not. A. ESMEIN, *Études sur les contrats dans le très-ancien droit français*, L. Larose & Forcel, Paris, 1883, pp. 9-18 et 69-94 ; P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *op. cit.* (*supra*, note 51), n° 61, pp. 71-72 ; J. GILISSEN, *Introduction historique au droit*, Bruylant, 1979, pp. 641-643 ; J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *op. cit.* (*supra*, note *préc.*), n° 521, pp. 770-771. Et pour la période féodale encore, v. égal. J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *préc.*, n° 526, p. 775.

(87) Selon l'opinion dominante en effet, l'ancien droit français, comme le droit romain primitif, n'aurait fait aucune distinction entre le droit de propriété et la possession matérielle d'un bien. Ce n'est qu'à partir du XIV^e siècle qu'il sera reconnu une action réelle à un tiers non détenteur. V. ainsi J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *op. cit.* (*supra*, note 85), n°s 423 à 427, pp. 617-625. Comp. A.-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989, n° 243, pp. 289-290.

(88) Longtemps convenu au moyen d'une clause de dessaisine-saisine devenue de style, le principe du transfert *solo consensu* ne s'imposa tout à fait qu'avec l'adoption du Code civil, qui donna ainsi acte à une pratique contractuelle pluriséculaire.

la chose est demeurée une condition constitutive de l'engagement, sans qu'il fût imaginé que le *tradens* pût s'obliger à remettre son bien, au moins lorsqu'il n'en recevait aucune contrepartie.

Aujourd'hui pourtant que les consciences sont pénétrées des principes contractuels hérités de la Modernité, la survivance de ces quelques contrats réels est critiquée par beaucoup comme constituant un archaïsme devenu incompatible avec les fondements consensualistes de notre système juridique⁽⁸⁹⁾, au point même que l'on ne cesse depuis plus d'un siècle de prédire leur fin prochaine⁽⁹⁰⁾. Contre cette entreprise d'abrogation, les codes ne dresseraient d'ailleurs que peu d'obstacles, attendu que ceux qui prennent la peine de catégoriser les familles de contrats ne mentionnent pas celle-ci⁽⁹¹⁾.

Que les contrats réels soient archaïques, c'est à présent démontré. Qu'ils contredisent le principe consensualiste, c'est encore l'évidence. Il n'est pas sûr pour autant qu'il ne reste pas quelque raison de les conserver en droit positif, ne serait-ce que par souci de ne pas opposer trop ouvertement les solutions du droit aux intuitions de ses justiciables. On ne peut pas manquer d'observer en effet comme l'opinion populaire demeure attachée à cette croyance que la naissance de l'engagement contractuel dépendrait du commencement d'exécution de l'une des prestations convenues⁽⁹²⁾, de telle sorte que le maintien

(89) Sur cette critique, v. not. C. PLESNILA, *op. cit.* (*supra*, note 79), p. 76 et s. ; P. ESMEIN, in *Traité pratique de droit civil français*, dir. G. Ripert, 2^e éd., LGDJ, t. VI, *Obligations*, 1952, n^{os} 120 et 121, pp. 132-134 ; L. BOYER, in *Rép. civ.*, Dalloz, v^o Contrats et conventions, 1993, n^{os} 54 et 55 ; Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. III, *Les obligations – Le contrat*, 1^{re} part., *Conditions de formation*, 6^e éd., Economica, 2007, n^o 522, pp. 529-530 ; C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, th. Paris II, 2005, Defrénois, Doctorat & Notariat, t. 23, 2007, n^{os} 804 à 814, pp. 363-371.

(90) V. spéc. F. COMBESURE, « Existe-t-il des contrats réels en droit français ? », *RCLJ* 1903, pp. 477-491, spéc. pp. 490-491 ; et R. HOUIN, *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*, th. Paris, 1937, p. 231. C'est d'ailleurs à cette fin que la Commission de réforme du Code civil installée à la Libération adopta un article disposant que « *La remise de la chose ne constitue pas une condition de validité du contrat.* » (Trav. Comm. réf. C. civ., t. IV, 1948-1949, pp. 704-706, art. 19).

(91) Les articles 1101 et suivants du Code civil ne font aucune mention du contrat réel, et ceux des articles qui définissent les contrats historiquement considérés comme réels se bornent à désigner chacun d'entre eux comme « *un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre* » (art. 1875 ; rapp. art. 1892 et 2071) ou comme « *un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui* » (art. 1915), une telle formulation pouvant aussi bien viser l'objet du contrat, et donc son effet, que sa condition de formation. Seule une lecture comparée de ces dispositions avec celles relatives à des contrats consensuels comme la vente et le bail pourrait venir étayer cette seconde interprétation, considérant que pour ces derniers le Code parle plutôt de « *convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose* » (art. 1582) ou de « *contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose* » (art. 1709) V. en ce sens Ch. LARROUMET, *op. cit.* (*supra*, note 89), n^o 521, p. 528, note 2. Outre cet argument, ce sont surtout les textes relatifs au contrat de dépôt qui convaincront : v. *infra*, n^o 316.

Guère plus éloquent, l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription remis au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005, qui se propose pourtant de définir à son tour les différents types contractuels, ne fait aucune allusion au contrat réel, dont on ne sait par conséquent s'il devrait se trouver assimilé au contrat solennel visé à l'article 1102-4 du projet. Procèdent de cette même indifférence le Code libanais des obligations et des contrats, qui ne fait lui aussi référence qu'aux contrats solennels (art. 171), et le Code civil du Québec, lequel ne distingue de toute façon pas selon que les contrats sont formels ou consensuels (art. 1378 et s.). Quant aux codes d'inspiration germanique, ils ne se prêtent pas à cet effort taxinomique. Seules les propositions de réforme du droit des contrats établies sous l'égide de l'Académie des sciences morales et politique énoncent finalement que « *la loi subordonne la formation de certains contrats à la remise d'une chose* » (art. 68, al. 3, in *Pour une réforme du droit des contrats*, dir. F. Terré, Dalloz, 2009).

(92) Pour s'en tenir aux conventions les plus banales, on a pu relever que, bien souvent, les parties à une simple vente ne s'estimeront véritablement engagées qu'à l'instant de la délivrance du bien ou du paiement, même partiel, du prix. V. en ce sens J. CARBONNIER, « Sociologie de la vente », *Flexible droit*, 8^e éd., LGDJ, (suite p. suiv.)

des contrats réels aurait au moins pour intérêt d'accorder, même imparfaitement, la règle juridique au sens commun.

Mais c'est encore du côté du droit que les arguments portent le mieux. Il semble en effet que l'objet particulier de l'opération, autant que la protection des intérêts de celui qui se dessaisit de son bien à titre essentiellement gratuit, expliquent assez que le consensualisme puisse continuer à s'accommoder de cette autre dérogation historique au principe *solo consensus obligat*. C'est bien l'inexistence du contrat pour absence de remise de la chose que l'on vérifiera ainsi en examinant successivement la nature du contrat réel, d'une part (§ 1), et la portée de l'inexécution de cette délivrance, d'autre part (§ 2).

§ 1 – La nature du contrat réel

313. Une réalité ambiguë – De toutes les prestations contractuelles, seule la remise de la chose convenue subordonne encore en droit positif l'efficacité de l'accord⁽⁹³⁾. Mais il est deux manières de conditionner cet effet : soit on se contente de poser que le contrat, existant par ailleurs, ne fait naître aucune obligation tant que la chose n'est pas délivrée, ou ne développe pas du moins son effet principal ; soit on affirme que cette délivrance subordonne jusqu'à l'existence même du contrat. À la première acception répond une conception large du contrat réel (A) ; à la seconde, une conception plus stricte et comme telle plus exacte (B).

A - LA REMISE POUR CONDITION D'EFFICACITÉ DU CONTRAT, OU LE CONTRAT RÉEL *LATO SENSU*

314. La donation manuelle – L'histoire de la donation manuelle⁽⁹⁴⁾ est d'abord celle de la donation. Comme tous les actes translatifs de droit réel, celle-ci nécessitait originairement pour se former que la chose convenue fût matériellement remise. À une

1995, pp. 317-330, spéc. p. 329, et « Variations sur les petits contrats », *ibid.*, 10^e éd., 2001, pp. 339-344, spéc. p. 343, note 9, qui parle à leur propos de *ventes manuelles*. Au point que le juriste pourrait lui-même en venir à se demander si cette simple croyance ne suffirait pas à retarder effectivement la formation du contrat, par déférence pour la volonté sur ce point souveraine des parties. Rapp. l'observation émise plus haut à propos de la valeur constitutive encore communément attribuée par les contractants à leur signature, *supra*, n° 301, *in fine*.

(93) Sur cette réduction historique des contrats réels aux seuls contrats translatifs de possession matérielle, v. *supra*, n° 312.

(94) On parle plus couramment de *don manuel*. Mais, en droit, le don, qui peut être ailleurs plus spirituel, se qualifie de *donation* dès lors qu'il porte sur une chose objet d'appropriation, si bien que le vocabulaire juridique gagnerait à ne pas désigner différemment une seule et même réalité. Si l'expression de *don manuel* a survécu jusqu'à aujourd'hui, on peut penser que c'est parce qu'elle s'applique le plus souvent à des opérations qui ne se laissent guère voir sous un jour immédiatement juridique, comme le sont les dons d'usage ou tous ceux que l'on préfère soustraire au regard du droit. Il reste pourtant que toutes lui sont directement soumises, le transfert de propriété constituant un effet proprement juridique, et que toutes répondent donc à la qualification de donation, qu'elles soient manuelles ou authentiques, indirectes ou déguisées.

époque où le droit se distinguait encore mal du fait, transmettre la propriété d'un bien supposait d'en transférer la possession matérielle⁽⁹⁵⁾, en sorte que, sans cette délivrance, la donation eût été proprement inexistante⁽⁹⁶⁾. Mais puisque la vente et l'échange en vinrent à pouvoir se conclure par le seul consentement⁽⁹⁷⁾, la donation a naturellement eu vocation à suivre cette même évolution. Dès lors que le principe général allait dorénavant à la force obligatoire des simples conventions, on ne pouvait plus ne pas reconnaître l'existence du contrat conclu entre le gratifiant et son donataire. Si malgré tout son effet fut toujours retardé à la tradition de la chose, ce ne pouvait donc plus être que pour ce que l'on y subordonnait à présent la validité et non son existence elle-même.

Telle fut bien la règle longtemps traduite par la maxime *Donner et retenir ne vaut*⁽⁹⁸⁾. Indirectement, l'œuvre du Chancelier d'Aguesseau est d'ailleurs venu conforter cette analyse : en subordonnant à l'instrumentation du notaire la validité des donations sans dépossession immédiate, l'ordonnance de 1731 entérina l'idée que la tradition réelle était nécessaire à leur validité⁽⁹⁹⁾. Par cette disposition nouvelle, la solution est apparue dans toute sa clarté : soit la donation est manuelle ou notariée, et elle est valable, soit elle n'est ni l'une ni l'autre et, sous réserve qu'elle ne soit pas encore indirecte ou déguisée, elle est nulle. La tradition réelle de la chose est donc bien, au même titre que la forme notariée, une condition de validité, et non d'existence, de la donation.

Si la remise de la chose était une condition d'existence, ce ne pourrait être que de la donation *manuelle*, et non de toute donation *sui generis*⁽¹⁰⁰⁾. Or la qualification de donation manuelle n'identifie que la forme d'une opération qui demeure essentiellement la même sur le fond : il s'agit toujours de transférer la propriété d'une chose à titre gratuit. Peu importe donc que ce transfert se réalise selon telle ou telle formalité : dès lors qu'il opère sans contrepartie, il s'agira toujours d'une donation⁽¹⁰¹⁾.

Pour faire de la délivrance du bien une condition d'existence de toute donation, il faudrait y voir une condition du consentement lui-même plutôt que du contrat. Ce faisant donc, la tradition manuelle n'interviendrait plus en propre comme une forme constitutive de l'acte juridique mais seulement comme un indice révélateur de la volonté du donateur.

(95) V. *supra*, n° 312, spéc. note 87.

(96) À quoi s'ajoutait que l'inexistence constituait de toute façon la sanction de principe de toute irrégularité intervenue dans la formation de l'accord, et qu'elle ne se discernait encore guère en cela de la nullité.

(97) Et ce dès le XIII^e siècle, lorsque que furent redécouvertes les solutions tardives du droit romain.

(98) Sur la polysémie historique de cette maxime, v. déjà *supra*, n° 291, spéc. note 230.

(99) Ord. 17 févr. 1731, art. 1^{er} : « *Tous actes portant donations entre vifs seront passés devant notaires, et il en restera minute à peine de nullité.* » C'est cette formulation qui fut reprise à l'article 931 du Code civil.

(100) C'est bien en ce sens que la Cour de cassation a pu énoncer que « *le don manuel n'a d'existence que par la tradition réelle que fait le donateur de la chose donnée* » : Civ., 1^{re} sect., 11 juill. 1960, *Bull.*, I, n° 382 ; *D.* 1960, p. 702, note P. Voirin ; 1^{re} civ., 19 nov. 1996, pourvoi n° 95-10242. En même sens, v. encore 1^{re} civ., 3 avril 2002, *Bull.*, I, n° 105 ; puis 10 oct. 2012, pourvoi n° 10-28363, publié au *Bulletin* ; *RTD civ.* 2012, p. 760, obs. M. Grimaldi.

(101) De même que l'on peut tout aussi bien dire que la donation notariée n'existe pas, à l'évidence, sans l'acte notarié : cela ne change rien au fait que la donation, quant à elle, existe bien, même si elle est nulle pour défaut de forme. Sur l'indifférence de la forme notariée quant à l'existence du contrat, v. déjà *supra*, n° 308, *in limine*.

L'inexistence ne découlerait plus alors d'une qualification spéciale, mais du seul droit commun, qui n'a égard qu'à la réalité des volontés contractantes. Et en application de ses principes, on serait toujours tenu d'admettre que la preuve d'une volonté certaine suffirait à renverser une telle présomption et à former finalement l'accord, en l'absence même de toute dépossession.

Où il apparaît que, comme pour tout acte translatif, la promesse de donation vaut donation, en ce sens que, l'objet du contrat étant susceptible de s'accomplir *solo consensu*, l'engagement définitif et irrévocable du propriétaire suffit à réaliser le transfert une fois celui-ci accepté par le bénéficiaire (C. civ., art. 938). C'est à ce titre que la promesse, sans se confondre absolument à la donation promise, requiert cependant pour valoir le respect des mêmes formes puisque, à défaut, on trouverait là le moyen de contourner les prescriptions impératives de l'article 931 du Code civil⁽¹⁰²⁾. On pourrait toujours envisager de limiter la portée de cette promesse consensuelle de donation à une obligation personnelle de transférer une possession à laquelle serait retardé le transfert de propriété lui-même, mais alors encore de deux choses l'une : soit on autorise ce faisant, comme il en va selon le droit commun, l'exécution forcée de cette obligation personnelle de donner, et on méconnaîtrait à nouveau l'exigence de forme notariée ; soit on ne permet pas cette exécution forcée, limitant la sanction de l'obligation à de seuls et éventuels dommages-intérêts⁽¹⁰³⁾, et il faudra le justifier par cette idée que la dépossession obligatoire et volontaire interviendrait en ce cas comme la réitération d'un consentement attendu, en sorte que celui-ci ne saurait être directement forcé sous peine d'être purement et simplement nié. En ce dernier cas, la promesse n'en constituerait donc déjà plus vraiment une : il ne s'agirait en somme que d'un simple accord de principe⁽¹⁰⁴⁾.

Il résulte de cet examen que, strictement au moins, la donation, même manuelle, n'est pas un contrat réel. Pour lui assigner cette nature, il faudrait en adopter une conception élargie, et somme toute assez peu rigoureuse, consistant à regrouper sous cette qualification tous les engagements dont l'effet, et pas seulement l'existence, serait subordonné, à un titre ou à un autre, à la délivrance du bien objet du contrat⁽¹⁰⁵⁾. Or, loin de procéder d'une telle

(102) Pour la nullité de la promesse de donation manuelle, v. ainsi Req., 23 juin 1947, *D.* 1947, p. 463 ; *S.* 1947, I, p. 152 ; *RTD civ.* 1948, p. 91, obs. R. Savatier ; 1^{re} civ., 12 juin 1967, *Bull.*, I, n° 208 ; *D.* 1967, p. 584, note A. Breton ; *JCP* 1967, II, 15225, note R. L. ; *RTD civ.* 1967, p. 853, obs. R. Savatier.

(103) En ce sens, v. not. M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? Ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif », *RTD civ.* 1985, pp. 1-62, n° 50, p. 44. Comp. la validité imparfaite reconnue aux promesses de contrats réels véritables, desquels la donation se rapprocherait donc sur ce point : *infra*, n° 324. *Contra* cep. : CA Aix-en-Provence, 11 janv. 1983, *D.* 1985, p. 169, note G. Légier, qui fonde l'indemnisation due par le donateur promettant sur sa responsabilité délictuelle pour faute dolosive, et non sur la promesse elle-même, frappée de nullité.

(104) Sur lequel v. *infra*, n° 346.

(105) Depuis la fin du XIX^e siècle, la doctrine rattache très majoritairement les donations manuelles à la catégorie des contrats réels. V. en particulier P. BRESSOLLES, *Théorie et pratique des dons manuels*, A. Rousseau, 1885, n° 72, pp. 109-110 ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, A. Rousseau, t. II, 1923, n° 502, p. 70, pour qui le don manuel reste même le seul contrat réel ; G. PACILLY, *Le don manuel*, th. Caen, 1936, n° 8, pp. 22-23 ; R. HOUIN, *op. cit.* (*supra*, note 90), p. 230. Jusqu'à N. PÉTERKA, *Les dons manuels*, th. Paris II, 1999, LGDJ, t. 335, 2001, qui conclut, n° 590, p. 523, en écrivant du don manuel : « Ce dernier demeure le contrat réel (suite p. suiv.) »

analyse, l'assimilation habituelle de cette donation à un contrat réel paraît bien plutôt relever de la même confusion que celle qui court depuis toujours entre inexistence et nullité. Selon cette conception, en somme, le don manuel ne serait pas réel par extension de sens, mais par méconnaissance de la différence existant entre ces deux sanctions.

315. Le gage – Comme pour la donation, la dépossession a longtemps été constitutive du gage. Sans elle, ce dernier n'était pas seulement inefficace mais proprement inexistant. À tel point que lorsque l'on imagina à partir du XI^e siècle de constituer ce même droit en laissant le débiteur en possession de son bien, on ne le qualifia plus de gage mais d'hypothèque, laquelle pouvait alors aussi bien être mobilière⁽¹⁰⁶⁾.

Le Code civil portait encore en 1804 la trace de ce passé réaliste⁽¹⁰⁷⁾, mais les travaux préparatoires révèlent aussi que l'intention de ses rédacteurs n'était déjà plus tout à fait celle-là⁽¹⁰⁸⁾, et si la jurisprudence est restée un temps attachée au caractère constitutif de la mise en possession du créancier gagiste⁽¹⁰⁹⁾, la théorie a fini par mettre en évidence l'idée que cette condition pourrait ne valoir qu'en vue de rendre le droit opposable aux tiers sans empêcher la convention de produire son effet entre les parties⁽¹¹⁰⁾. Si bien que c'est

par excellence. ». Et ce rattachement s'effectue même chez les auteurs qui critiquent la théorie des contrats réels. V. ainsi G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil – Les obligations*, 2^e éd., t. I, *Les sources*, Sirey, 1988, n° 62, p. 57, pour qui « *Il y a donc au moins un contrat réel c'est le don manuel* » ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil – Les obligations*, t. 2, *Contrat*, 6^e éd., Litec, 1998, n° 221, p. 79, qui voient également dans le don manuel le seul contrat réel véritable ; Ch. LARROUMET, *op. cit.* (*supra*, note 89), n° 523, p. 532 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, art. préc. (*supra*, note 103), n° 24, p. 17, qui y ajoute le gage.

(106) V. not. R. SIMON, *Du dessaisissement du débiteur dans le contrat de gage*, th. Bordeaux, 1903, pp. 12-24, qui estime cependant que, de source romaine, cette hypothèque mobilière resta essentiellement confinée aux pays de droit écrit ; J. REVERBORI, *Le gage au Moyen-Âge*, mém. DES, 1955 ; J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *op. cit.* (*supra*, note 85), nos 759 à 762, pp. 1066-1070. Dès le XII^e siècle cependant, il s'est trouvé des auteurs pour consensualiser le contrat de gage. V. réf. citées par D. DEROUSSIN, *op. cit.* (*supra*, note 84), p. 300.

(107) La rédaction originaires de l'article 2071, qui est demeurée jusqu'à l'ordonnance du 23 mars 2006, renvoyait ainsi à celle adoptée pour les contrats réels (art. 1875, 1892 et 1915) par opposition aux définitions plus obligationnelles retenues pour la vente (art. 1582) et le louage (art. 1709).

(108) V. ainsi Th. BERLIER, présentation au Corps législatif du titre relatif au nantissement, 22 vent. an XII (*in* P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XV, pp. 204 et 206 ; J.-G. Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. XVI, p. 23, n° 2), qui après avoir indiqué que « *la mise effective du créancier en possession de la chose appartenant à son débiteur est de l'essence* » du nantissement ou du gage, dit de ce dernier que « *Ce contrat, licite en soi, se forme comme toute autre convention* ». Comp. surtout les explications de A. G. GARY, discours devant le Corps législatif, 25 vent. an XII (*in* P. A. Fenet, *op. cit.*, p. 215, art. 2074, et J.-G. Locré, *op. cit.*, p. 38, n° 7), qui lèvent le voile : « *Quant à la forme, il faut distinguer. S'il ne s'agit que de l'effet que doit avoir la convention entre le créancier et le débiteur, les règles suivant lesquelles la vérité de cette convention doit être établie sont celles prescrites par la loi* Des contrats ou des obligations conventionnelles en général. *Mais si cette convention doit être opposée à des tiers, si le détenteur du gage réclame au préjudice de ces tiers le privilège que la loi lui assure, il faut alors que la remise de ce gage ou la convention dont elle est l'effet ait une date certaine qui exclue toute idée de fraude* ».

(109) Civ., 18 mai 1898, *S.* 1898, p. 433, note Ch. Lyon-Caen ; DP 1900, I, p. 481, note L. Sarrut : « *Attendu, en droit, que le contrat de gage étant un contrat réel, il est de l'essence même de ce contrat que la chose donnée en gage soit mise en la possession du créancier ou d'un tiers convenu ; que l'accomplissement de cette condition est nécessaire entre les parties elles-mêmes pour que le créancier puisse se prévaloir des effets du contrat à l'encontre de son débiteur* ». Et encore Com., 12 nov. 1958, *Bull.*, III, n° 387, spéc. 2^e arrêt, qui reprend la substance de ce même attendu.

(110) L'hypothèse d'une dépossession requise pour simple condition d'opposabilité est apparue en doctrine au cours de la première moitié du XX^e siècle, en réaction à la jurisprudence de la Cour de cassation, et n'a cessé de se diffuser depuis lors. V. not. E. BARTIN, *in* Ch. Aubry et Ch. Rau, *op. cit.* (*supra*, note 54), 5^e éd., t. VI, 1920, § 432, p. 266, note 19 *quindecies* ; E. BECQUÉ, *in* *Traité pratique de droit civil français*, dir. G. Ripert, t. XII, *Sûretés réelles*, LGDJ, 1927, n° 86, p. 85, et 2^e éd., 1953, p. 95. Jusqu'à aujourd'hui : G. MARTY, P. RAYNAUD et

finalement cette dernière solution qui fut entérinée à l'occasion de la réforme du droit des sûretés opérée par l'ordonnance du 23 mars 2006, le nouvel article 2337 du Code civil énonçant que la dépossession a pour effet de rendre le gage opposable aux tiers⁽¹¹¹⁾, tandis que l'article 2333 propose cette définition purement consensuelle de ce contrat : « *Le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier* ». Le nouveau droit des sûretés va même plus loin encore : non seulement le dessaisissement ne s'impose plus pour condition d'existence du gage, mais il est désormais admis qu'il pourrait même ne pas être nécessaire à son opposabilité, le gage sans dépossession, hier de droit spécial⁽¹¹²⁾, ayant été reconnu dans sa généralité comme une autre espèce de gage⁽¹¹³⁾.

Dans ces conditions, il paraît difficile de continuer à voir dans le gage un contrat réel, au sens strict au moins⁽¹¹⁴⁾. La question se poserait-elle encore que ce ne pourrait de toute façon plus être que pour le gage avec dépossession. Or il est douteux que même celui-ci

Ph. JESTAZ, *Droit civil – Les sûretés, la publicité foncière*, 2^e éd., Sirey, 1987, n° 79 bis, p. 62 ; Ph. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, 2^e éd., PUF, 1998, n° 233, p. 298 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Les sûretés – La publicité foncière*, 4^e éd., 2004, n° 602, pp. 501-502 ; N. MOULIGNER, « Le contrat réel dans l'évolution du droit des contrats », *RRJ* 2004, pp. 2233-2239, n° 6, p. 2235. La jurisprudence criminelle a tôt suivi ce mouvement : v. *Crim.*, 13 mars 1909, *DP* 1911, I, p. 159 ; 25 nov. 1927, *Gaz. Pal.* 1928, I, p. 114 ; *S.* 1929, I, p. 153 ; et 5 nov. 1936, *Gaz. Pal.* 1936, II, p. 944 ; 18 janv. 1950, *JCP* 1950, II, 5422, obs. L. Gruffy, qui jugent tous que le détournement de biens gagés est constitué même si ces biens sont restés en la possession du débiteur. Le législateur n'a lui-même pas été en reste. Symptomatique à cet égard, l'article 2074 du Code civil, qui, à l'occasion de la loi n° 80-525 du 12 juillet 1980, est passé de la rédaction primitive « *Ce privilège n'a lieu qu'autant qu'il y a un acte public ou sous seing privé, dûment enregistré* » à celle-ci : « *Ce privilège n'a lieu à l'égard des tiers qu'autant qu'il y a un acte authentique ou sous seing privé, dûment enregistré* ». Dans son sillage, v. encore *Com.*, 3 nov. 1980, *Bull.*, IV, n° 359, qui approuve la cour d'appel d'avoir retenu que « *la constitution du gage n'était pas opposable* » à un tiers étranger à la convention dès lors que « *la dépossession du débiteur, par la remise à des éleveurs des animaux faisant l'objet du gage, n'avait pas revêtu le caractère d'apparence nécessaire pour informer les tiers* ».

Jusqu'à la réforme, une partie de la doctrine a cependant continué à défendre la nature substantielle de la dépossession du constituant. V. ainsi M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *Droit des sûretés*, 7^e éd., Litec, 2004, n° 666, p. 558 : « *La dépossession n'est pas une simple condition d'opposabilité aux tiers du droit réel (ce qu'elle pourrait être si elle n'avait qu'une fonction publicitaire) mais la condition même de son existence* » ; L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés – La publicité foncière*, 2^e éd., Defrénois, 2006, n° 506, pp. 199-200, qui y voyaient une condition de validité du gage, lequel aurait toujours constitué, par voie de conséquence, un contrat réel. Rapp. J. MESTRE, E. PUTMANN, M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 801, p. 229 : « *dire que le gage est inopposable aux tiers à défaut de dépossession, c'est nécessairement reconnaître que le contrat n'est pas un gage*. »

(111) Il aurait sûrement été plus clair de dire que la dépossession n'a aucun autre effet que celui-ci, mais la lecture des motifs exposés par les concepteurs de la réforme ne laisse pas place au doute (v. not. M. GRIMALDI, art. préc. (*supra*, note 56), pp. 789-790). D'après cette disposition, donc, la remise du bien gagé avec dépossession joue le même rôle que l'inscription du gage sans dépossession. La validité de l'un et de l'autre gage se trouve bien toujours soumise au respect d'une forme, mais celle-ci est dorénavant scripturale plutôt que réelle (*C. civ.*, art. 2336). Sur cette autre condition, v. *supra*, n° 307, spéc. note 56.

(112) Visant not. les nantissements de fonds de commerce (*C. com.*, art. L. 142-1 et s., issus de L. 17 mars 1909), ou d'outillage et de matériel d'équipement professionnel (art. L. 525-1 et s., issus de L. 51-59 du 18 janv. 1951), soumis à une inscription *ad validitatem*, ou encore le gage de véhicule automobile (*C. civ.*, art. 2351 et s.), subordonné quant à lui à une inscription *ad opposabilitatem*. Cette seule multiplication des gages sans dépossession aurait déjà dû suffire à faire douter ailleurs du caractère constitutif de la remise du bien gagé.

(113) À défaut de dépossession, c'est toutefois son inscription qui conditionnera l'opposabilité de cet autre gage : *C. civ.*, art. 2337, al. 1^{er}, et art. 2338.

(114) Comp. M. BILLIAU, « Réflexions sur le gage », *JCP* 1996, I, 3897, qui estime que la qualification de contrat réel n'a rien de nécessaire. Rapp. Ch. JAMIN, « Éléments d'une théorie réaliste des contrats réels », in *Droit et actualité – Études offerts à Jacques Béguin*, pp. 381-414, n° 39, p. 410, qui pose la question : « *parler de contrat réel à propos d'un gage qui peut se faire sans dépossession a-t-il encore un sens ?* »

réponde proprement à cette qualification. La remise du bien gagé est bien constitutive, à l'évidence, de la dépossession, mais pas du gage en tant que tel, pour lequel elle n'est plus aujourd'hui qu'une condition d'opposabilité. Comme pour la donation manuelle donc, la remise apparaît comme une forme non substantielle du contrat, sans en conditionner aucunement l'existence.

La dépossession reconnue comme simple condition d'opposabilité du droit de gage, il fallait logiquement que la même solution s'imposât à l'inscription du gage sans dépossession ou à la signification du nantissement de créance, qui passent toutes deux pour des substituts à la dépossession lorsque celle-ci devient impossible ou désormais même simplement indésirable. La jurisprudence a défendu plus longtemps ici que pour le gage avec dépossession la nature constitutive de cette autre formalité⁽¹¹⁵⁾, mais l'ordonnance du 23 mars 2006 est venue y mettre un terme tout aussi certain en ne faisant plus de l'inscription (C. civ., art. 2337) ou de la notification (art. 2362) qu'une condition d'opposabilité de la sûreté⁽¹¹⁶⁾, quand bien même soumet-elle par ailleurs la validité de cette dernière à la rédaction d'un écrit (art. 2336 et 2356).

Ce n'est donc pas seulement une promesse de gage que les parties forment *solo consensu*, mais bien déjà le gage lui-même, celui-ci demeurerait-il encore inopposable faute de dépossession, et même nul faute de passation par écrit. Cette nullité du gage verbal porte du reste à penser que la promesse de gage ne produirait pas plus d'effets puisque, en obligeant le constituant à remettre son bien, on contournerait pratiquement cette exigence scripturale ; et si l'on subordonnait cette obligation à la rédaction de l'acte, alors plus rien ne distinguerait celui-ci du gage promis⁽¹¹⁷⁾.

(115) V. récemment encore 1^{re} civ., 6 janv. 1994, *Bull.*, I, n° 4 (*Defrénois* 1994, art. 35897, p. 1175, obs. L. Aynès ; *JCP E* 1994, I, 365, n° 18, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque), qui écarte la qualification de gage en l'absence de la signification prévue par l'article 2075 ancien du Code civil pour les nantissements de créance ; puis Com., 28 janv. 1997, *Bull.*, IV, n° 35 (*JCP* 1997, I, 4033, n° 19, obs. Ph. Delebecque, et II, 22791, rapp. J.-P. Rémy ; *D.* 1997, SC, p. 214, obs. A. Honorat ; *D.* 1998, SC, p. 140, obs. M.-N. Jobard-Bachelier), selon lequel « il résulte des dispositions de l'article 2075 du Code civil que le gage qui porte sur des meubles incorporels ne confère de droit réel au créancier gagiste, et n'est ainsi constitué [...] qu'autant que l'acte conclu entre les parties a été enregistré puis signifié au débiteur de la créance gagée ». Sur le caractère substitutif de cette formalité, v. 1^{re} civ., 10 mai 1983, *Bull.*, I, n° 141 (*D.* 1984, p. 433, note G. Légier ; *Defrénois* 1983, p. 1393, obs. A. Piedelièvre), qui déclare que « la signification [...] assure la mise en possession du créancier nanti ».

(116) Sous réserve de dispositions spéciales, telles que pour le nantissement de fonds de commerce ou le nantissement d'équipement professionnel, dont l'inscription conditionne non plus seulement l'opposabilité mais bien la validité même, en application des articles L. 142-4 et L. 525-3 du Code de commerce.

(117) Sauf à estimer, comme on pu le suggérer pour la promesse de donation (v. *supra*, n° 314, *in fine*), que, avec ou sans écrit, l'engagement ne vaudrait qu'obligation personnelle de remettre son bien, et que cette obligation ne puisse faire l'objet d'une exécution forcée dès lors que se manifesterait par elle la réitération nécessaire du consentement du constituant. Telle est bien, de fait, la solution retenue au sujet des promesses d'hypothèque : 3^e civ., 7 janv. 1987, *Bull.*, III, n° 4 ; 1^{re} civ., 3 nov. 2004, *Bull.*, I, n° 243 ; 19 nov. 2009, pourvoi n° 08-19173 ; *D.* 2009, AJ, p. 2860, obs. V. Arena-Robardet ; *D.* 2010, chr. C. cass., p. 529, C. Creton. Si ce n'est que, comme pour la donation, une telle promesse de réitérer son consentement ne s'analyserait justement plus comme une promesse *proprio sensu*, mais seulement comme un accord de principe, justifiant à ce titre seulement de réserver un effet au refus du débiteur, même fautif, de respecter son engagement.

Pour l'admission, sous le régime antérieur, de la promesse de gage, v. cep. R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de nantissement*, J. Debure, Paris, 1775, n° 9, in (*Œuvres de Pothier*, par J. Bugnet, éd. Cosse et Delamotte, Paris, t. V, 1847, p. 395 ; F. LAURENT, *op. cit.* (*supra*, note 33), t. XXVIII, n° 470, p. 464 ; L. GUILLOUARD, *Traité du nantissement et du droit de rétention*, 2^e éd., A. Pedone, 1896, n° 20, pp. 28-29 ; G. BAUDRY-
(suite p. suiv.)

Engager son bien ne nécessite donc pas plus que le transfert de sa propriété de s'en départir. Le dessaisissement intervient comme un effet et non comme une condition de l'acte : pour le gage comme pour la donation, le contrat n'attend pas la remise du bien pour se former. De là découle que la qualification de contrats réels ne s'y applique que par facilité de langage, et non à proprement parler. Seuls sont réels *stricto sensu* les contrats dont l'existence même est conditionnée à la remise de la chose.

B - LA REMISE POUR CONDITION D'EXISTENCE DU CONTRAT, OU LE CONTRAT RÉEL *STRICTO SENSU*

316. Le dépôt – Au contraire de la donation et du gage, la délivrance du bien n'est pas ici qu'une condition à l'efficacité du contrat ; elle est d'abord une condition de son existence même. Il n'y a dépôt que lorsque la chose est déposée, ce qui suppose qu'elle le soit matériellement. Si l'on peut juridiquement donner ou gager son bien dès avant de s'en dessaisir, on ne peut pas le déposer avant cet instant, seulement convenir de le faire ultérieurement.

Mais, en soi, ce seul constat ne suffit pas encore à établir la réalité du dépôt. Car on pourrait en dire autant de toute convention dont l'exécution est essentiellement matérielle : on ne donne son bien en location que lorsqu'on en transmet la détention au preneur, et on ne transporte quelque chose que pour autant que celle-ci a été mise à disposition par le commettant. Ni le contrat de bail ni le contrat de transport ne sont pourtant des contrats réels⁽¹¹⁸⁾. La question n'est donc pas tant de savoir ce qu'est un dépôt que de déterminer ce que recouvre le *contrat de* dépôt, et de comprendre en particulier pourquoi ce dernier se confondrait nécessairement au premier et ne pourrait désigner, comme ailleurs, la promesse de s'exécuter.

Quelle qu'en soit la raison⁽¹¹⁹⁾, la nature réelle du contrat de dépôt en droit positif semble difficilement contestable⁽¹²⁰⁾. Il est acquis depuis toujours que ce contrat ne se forme qu'avec la remise du bien au dépositaire⁽¹²¹⁾, et ni le Code civil ni la jurisprudence

LACANTINERIE et P. DE LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil*, dir. G. Baudry-Lacantinerie, 3^e éd., L. Larose et L. Tenin, t. XXV, *Du nantissement, des privilèges et hypothèques, et de l'expropriation forcée*, t. I, 1906, n° 7, pp. 4-5 ; Ch. LYON-CAEN, note préc. (*supra*, note 95), qui lui prêtent tous un plein effet. Comp. plus récemment M.-N. JOBARD-BACHELLIER, art. préc. (*supra*, note 103), n° 45, p. 37 ; L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.* (*supra*, note 110), n° 506, pp. 199-200, pour qui la promesse de gage ne pourrait se résoudre qu'en dommages-intérêts. Et en jurisprudence : 1^{re} civ., 6 janv. 1994, et Com., 28 janv. 1997, préc. (*supra*, note 115), qui jugent que la sûreté non signifiée ne pouvait valoir que comme promesse de gage, privée comme telle de tout effet pignoratif.

(118) V. *infra*, n° 319, spéc. note 141.

(119) Pour l'explication, v. *infra*, n° 321.

(120) Certains auteurs, par ailleurs critiques envers la notion de contrat réel, reconnaissent ainsi son irréductibilité appliquée au dépôt : J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, th. Toulouse, 1920, t. I, pp. 135-136 ; H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, 3^e éd., Dalloz, 1927, n° 25, p. 63.

(121) Pour le droit romain, v. Inst. Justinien, III, XIV, *pr.* et 3. Aux origines de l'ancien droit français, tous contrats étaient peu ou prou réels (v. *supra*, n° 312, spéc. note 86), de sorte que l'on imagine mal, en l'absence de documents témoignant de l'existence de ce contrat, que le dépôt ait pu ne pas l'être. Ce qui est plus
(suite p. suiv.)

n'ont jamais remis cette solution en cause⁽¹²²⁾. Ce n'est plus ici l'effet ni même la validité de l'engagement qui est subordonné au dessaisissement, mais bien son existence même. Sans celui-ci, le contrat de dépôt n'est pas nul mais proprement inexistant. Si l'on peut toujours promettre de former ce contrat de dépôt par la remise que l'on fera ultérieurement de son bien, cette promesse-là, même synallagmatique, ne s'y confond pas⁽¹²³⁾.

Il en résulte que le dépôt est par nature un contrat unilatéral⁽¹²⁴⁾. Seul le dépositaire est obligé à titre principal à conserver, entretenir et restituer la chose déposée. Le déposant, pour sa part, ne s'oblige pas, par ce contrat, à remettre son bien, puisque c'est précisément cette remise qui formera le contrat de dépôt. Il pourra bien devoir rembourser les impenses nécessaires réalisées par le dépositaire mais cette obligation n'est jamais qu'éventuelle : elle n'est qu'un accessoire à l'obligation principale de conservation, et elle n'a du reste rien de spécifiquement contractuelle⁽¹²⁵⁾.

probable, c'est qu'il n'ait pas même été juridique. Sur la question, v. not. M. CASTAING-SICARD, *Les contrats dans le très ancien droit toulousain*, th. Toulouse, 1957, impr. M. Espic, 1959, pp. 275-277. Pour la nature réelle du contrat de dépôt dans le droit coutumier du Moyen Âge, v. par ex. J. BOUTILLIER, *Somme rural*, env. 1402, nouv. éd., par L. Charondas Le Caron, 1603, liv. I, tit. XXVI, pp. 143-144. Et la solution est demeurée jusqu'à R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de dépôt*, J. Debure, Paris, 1775, n° 7, in *Œuvres de Pothier*, par J. Bugnet, préc. (*supra*, note 117), p. 125.

(122) V. not. art. 1919, qui précise que le contrat de dépôt « n'est parfait que par la tradition réelle ou feinte de la chose déposée ». Il s'en évince que le contrat est réel lorsque la chose est initialement en la possession du déposant, comme il en va ordinairement, mais consensuel lorsqu'elle se trouve déjà pour une autre raison chez le dépositaire, l'expression de « *tradition feinte* » héritée de l'Ancien droit ne visant plus en ce cas qu'une simple interversion de titre. Et tout détenteur contractuel étant aussi dépositaire par la force des choses, cette seconde hypothèse ne concerne en réalité que celle dans laquelle le titre du détenteur se verrait conventionnellement réduit à celui-là, ou la relation contractualisée lorsqu'elle n'était que légale. À cette disposition, viennent se joindre par ailleurs les articles 1947 et 1948, qui ne mentionnent pas l'obligation de délivrance de la chose parmi celles mises à la charge du déposant. En même sens, on notera que le Code des obligations suisse définit lui-même le dépôt comme « le contrat par lequel le dépositaire s'oblige envers le déposant à recevoir une chose mobilière » (art. 472), sans faire aucune mention de quelque obligation du déposant.

(123) L'argument qui consiste à écarter la qualification de contrat réel au motif que l'on pourrait valablement promettre de déposer son bien n'a donc rien de décisif : ce n'est pas parce que cette promesse est efficace qu'elle doit être qualifiée de dépôt. S'appuyant sur cet argument pourtant : M.-N. JOBARD-BACHELLIER, art. préc. (*supra*, note 103), n°s 60 à 63, pp. 51-53 ; J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd., LGDJ, 1996, n° 33129, p. 1576. Sur la validité, d'ailleurs imparfaite, d'une telle promesse, v. *infra*, n°s 323 et 324.

(124) Au moins donc lorsqu'il n'est pas salarié. Et encore pourrait-on estimer que la stipulation de ce salaire suffirait à le disqualifier en louage de service, de la même manière que le prêt à usage devient louage de chose dès lors qu'il est rémunéré. Ce qui justifierait du même coup chacun des termes de l'article 1917 du Code civil : « Le dépôt proprement dit est un contrat essentiellement gratuit. »

(125) Puisqu'elle n'existerait pas moins en l'absence de toute convention, sur le fondement notamment de la gestion d'affaire. À la rigueur pourra-t-on avancer, dans cette perspective, que le contrat est *unilatéral imparfait*, mais pas *synallagmatique imparfait*, comme il est pourtant habituel de le dire depuis POTHIER (*Traité des Obligations*, J. Debure, Paris, V^{te} Rouzeau-Montaut, Orléans, 1774, n° 9, in *Œuvres de Pothier*, par J. Bugnet, préc. (*supra*, note 117), t. II, 1848, p. 9 ; *Traité du contrat de mandat*, J. Debure, Paris, 1775, n° 5, in *Œuvres de Pothier*, par J. Bugnet, préc., t. V, 1847, p. 172), expression qui supposerait à l'inverse que le contrat soit d'abord synallagmatique au risque seulement de devenir unilatéral en cours d'exécution, pour le cas où l'une des deux obligations réciproques pourraient ne pas être satisfaite sans faire disparaître sa contrepartie. Cette critique est aujourd'hui bien assise. V. ainsi F. LAURENT, *op. cit.* (*supra*, note 33), t. XV, n° 435, p. 492 : « Les auteurs approuvent la classification traditionnelle, mais ils ne disent pas à quoi elle sert. Nous la croyons fautive, et bonne seulement à embrouiller les idées même des bons esprits. Elle est fautive. Pour déterminer la nature d'un contrat, on a égard à ce qui se passe au moment où le contrat se forme. Or, à ce moment, les contrats de mandat, de dépôt, de prêt sont unilatéraux, parce qu'une seule des parties est obligée. Si le contrat est unilatéral, il reste unilatéral, alors même que la partie non obligée deviendrait obligée par la suite. » ; Th. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, F. Pichon, t. VII, 1894, n° 4, p. 11 : « Comme on doit envisager le contrat au moment de sa formation, pour le caractériser, il faut décider que les contrats que l'on appelait synallagmatiques imparfaits demeurent toujours
(suite p. suiv.)

317. Le prêt – Comme pour le dépôt, le prêt retarde sa formation à la délivrance du bien par le *tradens*. La solution est depuis toujours attestée⁽¹²⁶⁾, et elle demeurée jusqu'à présent, en son principe au moins⁽¹²⁷⁾. En cela, le prêt est lui aussi un contrat essentiellement réel.

À la différence du dépôt cependant, la nature réelle du contrat de prêt est aujourd'hui plus discutée⁽¹²⁸⁾. La validation par la jurisprudence des promesses de prêts à intérêts consenties par les banques, qualifiées même de prêts non réels⁽¹²⁹⁾, a accrédité l'idée que la remise de la chose ne serait plus nécessaire à la formation du contrat de prêt, lequel pourrait ainsi obliger le prêteur à se dessaisir de son bien au profit de l'emprunteur⁽¹³⁰⁾.

Pour l'heure néanmoins, le siège de cette jurisprudence demeure strictement circonscrit aux seuls prêts à intérêts délivrés par les établissements de crédit⁽¹³¹⁾ et, s'il n'est pas exclu

unilatéraux » ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *op. cit.* (*supra*, note 33), n° 11, p. 9 : « Aujourd'hui, dans le silence de la loi, les contrats qui, au moment de leur formation, ne font naître d'obligation qu'à la charge de l'une des parties, sont unilatéraux, alors même que l'autre partie pourrait se trouver, dans la suite, réciproquement engagée à raison d'un fait indépendant de la convention. » ; A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.* (*supra*, note 58), t. II, 1935, n° 14, p. 15, qui écrivent des contrats synallagmatiques imparfaits que « Cette expression ne doit pas jeter le doute sur leur véritable nature. Ce sont des contrats unilatéraux. L'obligation du contrat est la conséquence non pas du contrat lui-même, mais d'un fait postérieur qui aurait pu ne pas se produire. » ; Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, publ. R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, 2^e éd., A. Rousseau, t. VIII, *Les contrats et les obligations*, collab. G. Lagarde, 1936, n° 50, p. 33 : « les contrats dits synallagmatiques imparfaits sont, en droit, des contrats unilatéraux. » ; P. ESMEIN, *op. cit.* (*supra*, note 89), n° 35, p. 38 ; G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol*, LGDJ, t. II, 1957, n° 71, pp. 32-33. *Contra* cep. : R. HOUIN, *op. cit.* (*supra*, note 90), pp. 194-197, au moyen d'une conception large du rapport synallagmatique, étendu à tout lien de connexité.

(126) Depuis le *mutuum* du droit romain primitif, jusqu'au *commodatum* du droit byzantin (Inst. Justinien, III, XIV, *pr.* et 2). Et pour l'ancien droit français, v. déjà Ph. de BEAUMANOIR, 1283, nouv. éd. par A. Salmon, chez A. Picard, t. II, 1900, chap. XXXIV, n° 1020, p. 11. Et encore R.-J. POTHIER, *Traité du prêt à usage et du précaire*, J. Debure, Paris, 1775, n° 6, in *Œuvres de Pothier*, par J. Bugnet, préc. (*supra*, note 117), pp. 4-5.

(127) V. par ex. Civ., 1^{re} sect., 8 nov. 1960, *Bull.*, I, n° 480 ; 1^{re} civ., 12 juill. 1977, *Bull.*, I, n° 330 ; et surtout 20 juill. 1981, *Bull.*, I, n° 267 ; *RTD civ.* 1982, p. 427, obs. Ph. Rémy ; *Deffrénois* 1982, p. 1085, obs. J.-L. Aubert ; *Les grands arrêts jur. civ.*, 12^e éd., par F. Terré et Y. Lequette, t. II, Dalloz, 2008, n° 283.

(128) Elle l'est même, dans une moindre mesure, depuis le début du siècle dernier, lorsque des codifications étrangères mais voisines optèrent pour un prêt de nature consensuelle. V. ainsi BGB, § 488 (1), pour le prêt à intérêts ; CO suisse, art. 305 et 312, pour les prêts à usage et de consommation.

(129) 1^{re} civ., 27 mai 1998, *Bull.*, I, n° 186 (*D.* 1999, p. 194, note M. Bruschi, et SC, p. 28, obs. M.-N. Jobard-Bachelier ; *D.* 2000, SC, p. 50, obs. J.-P. Pizzio ; *Deffrénois* 1998, p. 1054, obs. Ph. Delebecque), qui affirme sans plus de détour que « les prêts régis par les articles L. 312-7 et suivants du Code de la consommation n'ont pas la nature de contrat réel » ; puis 28 mars 2000, *Bull.*, I, n° 105 (*Rapp.*, p. 365 ; *JCP* 2000, II, 10296, concl. J. Sainte-Rose ; *JCP E* 2000, p. 1383, note L. Leveneur ; *JCP N* 2000, p. 1270, note D. Lochouarn ; *D.* 2000, p. 482, note S. Piedelièvre, et SC, p. 358, obs. Ph. Delebecque ; *CCC* 2000, n° 106, note L. Leveneur ; *Deffrénois* 2000, p. 720, obs. J.-L. Aubert ; *RTD com.* 2000, p. 991, obs. M. Cabrillac), qui étend encore la formule : « le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel ». Ce dernier énoncé est désormais adopté par la Chambre commerciale : Com., 7 avril 2009, *Bull.*, IV, n° 54 ; *D.* 2009, p. 2080, note J. Ghestin ; *D.* 2010, pan., p. 1049, obs. D. R. Martin. Pour la critique de ce revirement, v. F. GRUA, « Le prêt d'argent consensuel », *D.* 2003, chr., pp. 1492-1495.

(130) En ce sens, v. not. Ch. LARROUMET, *op. cit.* (*supra*, note 89), n° 522 bis, p. 531 ; et J. HUET, *op. cit.* (*supra*, note 123), n° 22129, p. 937.

(131) Pour un rappel du caractère réel du prêt de droit commun, v. 1^{re} civ., 7 mars 2006, *Bull.*, I, n° 138 ; *JCP* 2006, II, 10109, note S. Piedelièvre ; *CCC* 2006, n° 128, note L. Leveneur ; *RTD com.* 2006, p. 460, obs. R. Legeais ; *RDC* 2006, p. 778, obs. P. Puig ; *D.* 2007, pan., p. 759, obs. D. R. Martin : « le prêt qui n'est pas consenti par un établissement de crédit est un contrat réel qui suppose la remise d'une chose » ; et encore 19 juin 2008, *Bull.*, I, n° 175 ; *D.* 2008, AJ, p. 1827, obs. X. Delpech, et chr. C. cass., p. 2368, obs. C. Creton ; *D.* 2009, pan., p. 1052, obs. D. R. Martin ; *JCP* 2008, II, 10150, note A. Constantin ; *RTD com.* 2008, p. 602, obs. D. Legeais ; *RDC* 2008, p. 1129, obs. Y.-M. Laithier, et *RDC* 2009, p. 183, obs. P. Puig.

que son domaine puisse un jour s'étendre aux prêts consentis par tous autres professionnels, voire à tous prêts à intérêts⁽¹³²⁾, il est loin d'être acquis que le simple commodat, convenu à titre purement gratuit, soit appelé à suivre la même évolution. Il y a un monde entre le prêt rémunéré, professionnel et institutionnalisé des établissements de crédit, et le prêt informel offert comme service d'ami. Rien n'interdit d'ailleurs d'espérer que la Cour de cassation en vienne à affiner un jour sa jurisprudence en rétablissant la distinction qu'elle a soudainement abolie entre le prêt et sa promesse préalable⁽¹³³⁾. Ce jour venu, plus aucun argument n'autorisera à prétendre que le contrat de prêt, même bancaire, ne nécessiterait pas la remise du bien ou des fonds pour se former.

Le dépôt et le prêt apparaissent ainsi comme les seuls contrats strictement réels, en ce que, pour ceux-là seulement, la remise de la chose convenue ne fera pas que conditionner l'effet du contrat, ni même sa validité, mais bien son existence⁽¹³⁴⁾. Il faut pour mieux le comprendre apprécier la portée de l'inexécution de cette délivrance.

(132) Proposition : pourraient faire retour au consensualisme, d'une part, tous prêts rémunérés par des intérêts d'un montant supérieur à la valeur des fruits productibles par le bien prêté, et donc supérieur au taux légal pour les prêts de somme d'argent, et, d'autre part, tous prêts consentis par un professionnel du crédit, même « à taux zéro », son activité consistant bien, de façon générale, à se rémunérer sur les intérêts de sommes d'argent. V. *infra*, n° 321, *in fine*.

(133) V. déjà en ce sens Com., 21 janv. 2004, *Bull.*, IV, n° 13 (D. 2004, AJ, p. 498, obs. V. Avena-Robardet, et comment., p. 1149, par Ch. Jamin ; JCP 2004, II, 10062, note S. Piedelièvre ; JCP E 2004, 649, note O. Salati ; P.A 9 févr. 2004, n° 28, p. 5, note M. Cohen-Branche) qui affirmait à juste titre que « l'ouverture de crédit, qui constitue une promesse de prêt, donne naissance à un prêt, à concurrence des fonds utilisés par le client ». La nuance n'est pas plus ignorée de la pratique bancaire, qui qualifie la promesse de prêt de *convention de crédit*, laquelle devient une convention d'ouverture de crédit lorsque la banque met à la disposition de son client des fonds que celui-ci reste libre d'utiliser ou non et en autant de fois qu'il lui est utile. Cette qualification est même devenue à présent légale, depuis que la loi du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation a défini, à l'article L. 311-1, 4^o, du Code de la consommation, le contrat de crédit comme « un contrat par lequel un prêteur consent ou s'engage à consentir à l'emprunteur un crédit sous la forme d'un délai de paiement, d'un prêt y compris sous forme de découvert, ou de toute autre facilité de paiement similaire » (d'après dir. 2008/48/CE du 23 avril 2008, art. 3, c).

Sur cette distinction du prêt et de la promesse de prêt, v. déjà R.-J. POTHIER, *loc. cit.* (*supra*, note 126) : « On dira peut-être que [...] la convention par laquelle je serais convenu avec vous de vous prêter dans un tel temps une certaine chose, est valable par le seul consentement des parties, dès avant que je vous aie délivré la chose [...] – Je réponds que cette convention n'est pas le contrat de prêt, c'est seulement une promesse de prêter, qui diffère du contrat de prêt, comme une promesse de vente diffère du contrat de vente. Le contrat de prêt ne se formera que lorsque, en exécution de cette promesse, je vous aurai délivré la chose. » ; R.-Th. TROPLONG, *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, t. XIV, *Du prêt*, Ch. Hingray, 1845, art. 1874, n° 6, p. 9 : « toute convention de prêt dans laquelle ne sera pas intervenue la délivrance de la chose ne sera pas un prêt : [...] elle sera un autre contrat, mais non pas celui-là dont s'occupe ce titre du Code. » ; L. GUILLOUARD, *Traité du prêt, du dépôt et du séquestre*, 2^e éd., A. Pedone, 1893, n° 8, pp. 15-16 : « La promesse de prêter est valable, civilement obligatoire, et l'emprunteur pourra faire condamner sous contrainte le prêteur à la réaliser ; mais il n'y aura contrat de prêt qu'après la livraison de la chose prêtée » ; R. SAVATIER, in *Traité pratique de droit civil français*, dir. G. Ripert, t. XI, *Contrats civils*, 2^e éd., LGDJ, 1954, n° 1136 : « le prêt n'est que la transformation intervenue dans un contrat consensuel au moment où l'une des prestations s'y trouve exécutée ; le contrat change alors de nom : de consensuel il devient réel ; de promesse de prêt, il devient prêt ».

(134) Comme pour le dépôt (v. *supra*, n° 316, spéc. note 122), le prêt ne se forme *solo consensu* que lorsque l'emprunteur se trouve déjà, à un autre titre, en possession matérielle du bien.

Mais contrairement au dépôt, il n'est pas sûr que le prêt doive systématiquement s'analyser comme un contrat unilatéral. Il ne l'est avec certitude que lorsque le prêt est précaire, et qu'il laisse par conséquent au prêteur la faculté de reprendre son bien à tout moment et sans condition. En ce cas en effet, le prêt ne fait que contractualiser l'obligation légale de restituer le bien à son propriétaire (v. M. PLANIOL, *op. cit.* (*supra*, note 26), n° 996, pp. 381-382 ; R. LIBCHABER, obs. sur 1^{re} civ., 27 nov. 2001, *Deffrénois* 2002, art. 37486, n° 10, p. 259), tout en laissant, de l'autre côté, le prêteur libre de tout engagement, seulement tenu d'obligations accessoires et éventuelles (C. civ., art. 1890 et 1891). Le plus souvent cependant, un terme sera, sinon stipulé, au moins déduit de l'usage prévu du bien, en sorte que le prêteur sera contraint, sauf besoin imprévu, de

(suite p. suiv.)

§ 2 – La portée de l'inexécution

318. Une faculté ou une obligation – Par principe, la remise constitutive du contrat réel est facultative : avant celle-ci, aucun contrat n'est formé, en sorte que le *tradens* ne s'oblige à rien. Mais les parties pourraient vouloir convenir du contraire aux termes d'un contrat préliminaire, et la délivrance du bien faire alors l'objet d'une obligation. L'inexécution de cette prestation n'aura ainsi pas la même portée selon que celle-ci est restée facultative (A) ou que son exécution a été promise (B).

A - L'EXÉCUTION FACULTATIVE : L'INEXISTENCE DU CONTRAT RÉEL NON RÉALISÉ

319. La délivrance, condition de l'obligation de restitution – Il est souvent affirmé que le contrat réel le serait par la force des choses en ce que l'obligation de restitution du dépositaire ou de l'emprunteur suppose nécessairement pour exister que le bien lui ait été remis. L'idée est en somme que, puisque cette obligation, comme du reste celle de conservation, ne peut naître qu'à l'instant où le bien parvient au débiteur, le contrat source de ces obligations ne pourrait lui-même se former qu'à cet instant⁽¹³⁵⁾.

On y joint une explication technique : la remise du bien convenu constituerait la cause de l'obligation de restitution, en sorte que celle-ci ne pourrait paraître sans celle-là, privée de l'une de ses conditions de validité⁽¹³⁶⁾. Un examen plus attentif laisse pourtant voir que

laisser l'emprunteur en possession jusqu'à ce terme (art. 1888 et 1889). Le contrat de prêt, même réel, fera bien naître alors une obligation sur l'une et l'autre partie. Ce que l'on peut seulement discuter, c'est de la question de savoir si ce caractère bilatéral suffit à faire du prêt un contrat synallagmatique, considérant que, au moins lorsqu'il est conclu sans intérêts, les obligations des parties ne se présentent pas pour causes respectives de l'une et de l'autre : le propriétaire s'oblige à laisser son bien en jouissance non pour le récupérer au terme du contrat, mais par bienfaisance ou pour une autre cause si le contrat s'inscrit dans une opération plus complexe ; et ce n'est pas non plus parce que le bien lui est laissé en jouissance que l'emprunteur doit le restituer, mais tout simplement parce qu'il ne lui appartient pas. Une conception stricte du *synallagma*, qui se fonderait sur le rapport de causalité noué entre les deux obligations réciproques, conduirait ainsi à réserver la qualification de contrat synallagmatique au seul prêt à intérêts, où l'obligation du prêteur de laisser son bien à l'usage ou la consommation de l'emprunteur trouve alors sa cause dans l'obligation de ce dernier de lui rendre les intérêts. En ce sens, v. F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé*, th. Paris II, 2007, Economica, coll. Recherches juridiques, vol. 17, 2008, n° 200, p. 186. Sauf encore un ultime tempérament, car la nature non rémunératoire des fruits tirés de la chose empêche de penser que le prêteur ait pu se dessaisir de son bien à seule fin de les percevoir, puisqu'il les aurait aussi bien obtenus sans ce prêt. S'ils ont vraiment motivé son consentement, alors c'est que ces intérêts n'en seront déjà plus tout à fait, qu'ils constitueront en réalité une rémunération de l'usage ou de la consommation pour la part supérieure au taux légal, laquelle seulement pourra avoir motivé l'engagement du propriétaire. Et en ce cas, il ne s'agira plus d'un prêt, mais d'un louage. En quoi les dispensateurs de crédits apparaissent finalement moins comme des prêteurs de deniers que comme des bailleurs de fonds.

(135) V. par ex. R.-J. POTHIER, *loc. cit.* (*supra*, notes 121 et 126) ; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, 4^e éd., 1844, t. XVIII, n° 5, p. 4 ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, p. 29 ; J. GHESTIN, *Les obligations – La formation du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 1993, n° 452, p. 419.

(136) La jurisprudence est solidement établie en ce sens. Au sujet de l'obligation de restitution de l'emprunteur, v. ainsi 1^{re} civ., 20 nov. 1974, *Bull.*, I, n° 311 ; JCP 1975, II, 18109, note. J. Calais-Auloy ; 20 déc. 1994, pourvoi n° 92-21317 ; *Deffrénois* 1995, p. 1040, obs. D. Mazeaud ; Com., 5 mars 1996, *Bull.*, IV, n° 75 ; D. 1997, SC, p. 343, obs. O. Tournafond ; 1^{re} civ., 16 févr. 1999, *Bull.*, I, n° 55 ; CCC 1999, n° 60, note (suite p. suiv.).

la cause de l'obligation de restitution ne réside pas tant dans la délivrance du bien que dans la propriété ou tout autre titre de possession du *tradens*. Estimer que le dépositaire ou l'emprunteur s'oblige à restituer du seul fait qu'il a reçu quelque chose impliquerait en effet de soumettre le donataire à la même obligation, et de condamner la possibilité même de donner quoi que ce soit à titre gratuit. Pour éviter cette aberration, la cause doit alors se tourner vers la volonté des contractants : l'obligation de restitution se justifierait non pas seulement par la remise du bien mais par la volonté des parties de n'en transférer que la détention, à charge pour l'*accipiens* de le restituer au terme convenu. En dernière analyse donc, la cause de l'obligation se confondrait purement et simplement à la source volitive : elle ne correspondrait plus à la cause moderne mais à la *justa causa* romaine⁽¹³⁷⁾.

L. Leveneur : « *Attendu que la cause de l'obligation de l'emprunteur réside dans la remise des fonds prêtés* ». V. encore 1^{re} civ., 19 juin 2008, *Bull.*, I, n° 174 ; *D.* 2008, *AJ*, p. 1825, obs. X. Delpech, et chr. C. cass., p. 2369, obs. C. Creton ; *JCP* 2008, II, 10150, note A. Constantin ; *JCP E* 2008, 1964, note D. Legeais ; *RDC* 2009, p. 188, obs. P. Puig ; puis Com., 7 avril 2009, préc. (*supra*, note 129) : « *Attendu que le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel ; que c'est dans l'obligation souscrite par le prêteur, que l'obligation de l'emprunteur trouve sa cause* ». Et pour l'obligation de restitution du dépositaire, v. Com., 30 janv. 2001, *Bull.*, IV, n° 26 ; *D.* 2001, *AJ*, p. 1238, obs. X. Delpech, qui exerce sa censure au motif unique que « *la cause du contrat de dépôt est la remise de la chose qui en est l'objet* ». Adde l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, art. 1125-1, al. 1^{er}, qui entérine : « *L'engagement de restituer une chose ou une somme d'argent a pour cause la remise de la chose ou des fonds à celui qui s'oblige* ».

Il semble que l'on ait oublié que ce rapport de causalité avait été défendu à l'origine par des auteurs qui contestaient jusqu'au caractère réel de ces contrats, et qui, n'y voyant que des contrats synallagmatiques ordinaires, devaient nécessairement conclure que les obligations réciproques des parties se causaient l'une l'autre. V. spéc. H. CAPITANT, *op. cit.* (*supra*, note 120), n° 23, p. 61. En même sens : J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, n° 536, p. 347 ; F. CHÉNEDÉ, « La cause de l'obligation dans le contrat de prêt réel et dans le contrat de prêt consensuel », *D.* 2008, pp. 2555-2559, spéc. p. 2558. Suivre cette analyse causaliste tout en maintenant le caractère réel de ces contrats, c'est adopter une conclusion en contredisant ses prémisses.

(137) À Rome, en effet, la cause n'était pas celle du contrat, ni même strictement celle de l'obligation, mais celle de l'action ; et on ne lui demandait pas d'exister mais d'être juste, c'est-à-dire de fonder juridiquement l'action en justice. Elle se rapprochait donc bien plus d'un cas d'ouverture procédural que d'une condition de validité des conventions. C'est en ce sens que les prêteurs ont pu reconnaître une juste cause à l'action du créancier d'une obligation naturelle lorsque le consentement du débiteur avait été réitéré (Dig., XLVI, II, 1, § 1), ou à celle d'une partie à un contrat innommé dès lors que celle-ci eut exécuté sa propre obligation (v. *supra*, n° 312, spéc. note 83). Elle n'a jamais été invoquée en revanche pour justifier l'action en restitution du prêteur ou du déposant, la propriété et l'incrimination du vol y suffisant : v. R. MONIER, *op. cit.* (*supra*, note 50), n° 68, 2^o, p. 88 ; J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO, *op. cit.* (*supra*, note 85), p. 830. Sur la question, v. not. Y. THOMAS, *Causa : sens et fonction d'un concept dans le langage du droit romain*, th. Paris II, 1976, spéc. pp. 544-561. Et sur les caractères qui la différencient de la cause moderne : C. BUFNOIR, *op. cit.* (*supra*, note 54), XXXVII^e leçon, pp. 526-527 ; J.-B. BRISSAUD, *Manuel d'histoire du droit privé*, nouv. éd., par J. Brissaud, éd. E. de Boccard, 1935, p. 467 ; R.-M. RAMPENBERG, *Repères romains pour le droit européen des contrats*, LGDJ, 2005, pp. 85-89.

Or la confusion est récurrente. Outre le cas du contrat réel, c'est toujours elle que l'on rencontre lorsque l'on enseigne que la cause des libéralités résiderait dans l'intention libérale de l'auteur plutôt que dans le motif à l'origine de cette intention. Dénonçant cet amalgame, déjà : G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *op. cit.* (*supra*, note 33), n° 324, p. 376 ; M. PLANIOL, *op. cit.* (*supra*, note 26), n° 1038, 3^o, p. 356. La jurisprudence, pour sa part, ne s'en est jamais totalement départie. V. encore récemment cet arrêt de la Cour de cassation qui, après avoir affirmé que « *le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel* », ajoute que « *l'obligation de l'emprunteur trouve alors sa justification présumée dans la signature de celui qui se présente comme tel* » et que « *la constatation de l'existence effective de celle-ci restitue à la dette sa validité* » : 1^{re} civ., 5 juill. 2006, *Bull.*, I, n° 358 ; *D.* 2007, p. 50, note J. Ghestin, et pan., p. 759, obs. D. R. Martin ; *RTD com.* 2006, p. 887, obs. D. Legeais ; *RTD civ.* 2007, p. 105, obs. J. Mestre et B. Fages. Cette surprenante éviction de la cause au profit d'un synonyme fait condition de validité de l'obligation ne saurait égarer le lecteur ; elle interroge en revanche sur les intentions poursuivies ce faisant par la Cour de cassation.

Il y a pourtant mieux à proposer. Plutôt que de voir dans la délivrance du bien la cause de l'obligation de restitution, il semble plus exacte d'y voir une simple condition : *l'accipiens* doit restituer non pas parce qu'il a reçu une chose qui ne lui appartient pas, mais *à condition* de l'avoir reçue, et *parce qu'elle* ne lui appartient pas⁽¹³⁸⁾. La cause de son obligation réside dans le droit de son cocontractant sur cette chose ; la condition de cette obligation, c'est évidemment d'avoir reçu le bien⁽¹³⁹⁾.

Quoi qu'il en soit d'ailleurs, la justification du contrat réel ne dépend de toute façon pas d'une analyse causaliste ou conditionnelle de l'obligation de restitution. Les obligations d'un contractant peuvent parfaitement se corréler au comportement préalable et nécessaire de l'autre partie sans que la formation de leur contrat ne s'en trouve aucunement contrariée⁽¹⁴⁰⁾. Nul ne conteste ainsi que les obligations de rémunération, de conservation et de restitution du locataire soient, comme celles de l'emprunteur, assujetties à la mise à disposition préalable de la chose louée, et la conclusion du contrat de location n'est pas pour autant retardée à cette tradition. De même, l'obligation du transporteur est toujours conditionnée à la délivrance de la marchandise par l'expéditeur, et le seul fait que cette délivrance ne puisse cette fois pas même être forcée ne suffit toujours pas à faire du contrat de transport un contrat réel, tant que le transporteur se trouve d'ores et déjà empêché de revenir sur son consentement⁽¹⁴¹⁾. Et l'on pourrait en dire autant pour tout contrat

(138) V. en ce sens F. GRUA, art. préc. (*supra*, note 129), n° 13, p. 1495 : « L'obligation de remboursement et l'obligation de délivrer les fonds ne se servent jamais mutuellement de cause, parce que le banquier qui s'engagerait à avancer de l'argent dans le but d'être remboursé serait un fou, de même que l'emprunteur qui s'obligerait à rendre pour recevoir. [...] Si l'on est obligé de rendre une chose, ce n'est pas qu'on le veuille, mais qu'on l'a reçue sans avoir droit à elle ; si on en avait un, on serait fondé à la garder. »

(139) Pour cette analyse conditionnelle du contrat réel, v. H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.* (*supra*, note 79), n° 82, p. 71. Faut-il alors y voir une condition suspensive ? Le décider supposerait d'avancer la conclusion de la convention au simple accord des volontés, auquel cas en effet la condition tenant dans la délivrance ultérieure du bien pourrait rétroagir au jour de cet accord. Or il en va bien différemment pour les contrats réels : cette condition n'est plus seulement alors une modalité de l'obligation, elle lui est proprement constitutive ; elle est celle par laquelle le contrat paraîtra, purement et simplement, et avec lui les obligations qu'il prévoit (v. *infra*, n° 320).

(140) V. not. P. ESMEIN, *op. cit.* (*supra*, note 89), n° 120, p. 132 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, t. I, préc. (*supra*, note 105), n° 62, p. 56 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *loc. cit.* (*supra*, note préc.) ; Ch. LARROUMET, *op. cit.* (*supra*, note 89), n° 522, p. 529.

(141) La doctrine commercialiste a un temps proposé de reconnaître une nature réelle au contrat de transport. V. ainsi L. SARRUT, *Législation et jurisprudence sur le transport des marchandises par chemin de fer*, th. Nancy, 1874, n° 3 ; E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 5^e éd., A. Rousseau, 1916, nos 1166 et 1187 ; Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Traité de droit commercial*, 5^e éd., LGDJ, t. III, 1923, n° 559, p. 546, qui y voient un contrat à la fois consensuel et réel « en ce sens qu'il n'y a vraiment contrat de transport qu'au moment où les marchandises ont été remises au voiturier » ; R. ROGER, *Manuel juridique, théorique et pratique des transports*, M. Rivière, t. I, n° 3 ; P. BORGOGNON, *Les transports internationaux par voie de terre*, LGDJ/Rittmann et Bauer, 1951, t. I, n° 8, pp. 19-21. Un arrêt de la Cour de cassation avait d'ailleurs pu entretenir cette conviction, en jugeant en des termes suggestifs que le contrat de transport « exige tout à la fois l'accord des volontés des parties et la remise des colis au voiturier » : Civ., 27 mai 1918, DP 1926, I, p. 204. Mais les auteurs sont aujourd'hui nettement plus réservés. V. not. G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 2, par Ph. Delebecque et M. Germain, 17^e éd., 2004, n° 2703, p. 702 : « Cette conception, qui n'a du reste aucun appui dans les textes, est inexacte : le contrat de transport est classé dans la catégorie du louage d'ouvrage, lequel est un contrat consensuel. Il n'y a aucune différence entre la promesse synallagmatique et le contrat définitif, aucune différence de nature entre le transport des marchandises et celui des voyageurs, qui ne peut pourtant pas être considéré comme un contrat réel. La remise de la chose n'est que le premier acte d'exécution du contrat. Si, le plus souvent, elle le forme le contrat, c'est parce qu'elle est le mode d'expression de la volonté de l'expéditeur. » Et déjà L. JOSSERAND, in *Traité général théorique et pratique de droit* (suite p. suiv.)

d'entreprise portant sur un bien appartenant au maître d'ouvrage⁽¹⁴²⁾.

Si la délivrance du bien commande la formation du contrat réel, ce n'est donc pas parce qu'elle conditionne l'existence de l'obligation de restitution, mais parce qu'elle est, au-delà, une condition constitutive du contrat lui-même.

320. La délivrance, condition constitutive du contrat – Il ne suffit pas de constater que l'obligation de l'un est conditionnée par le comportement de l'autre pour révéler le contrat réel : il faut encore que ce comportement, et la délivrance d'une chose singulièrement, conditionne l'existence de ce contrat⁽¹⁴³⁾.

En cela, la tradition matérielle du bien occupe le même rôle que le consentement, auquel elle s'apparie cependant sans s'y confondre. Outre qu'il est bien entendu aujourd'hui que cette seule prestation ne suffit pas à former un engagement contractuel en l'absence de la volonté concordante des parties⁽¹⁴⁴⁾, on n'aurait pas moins tort de penser, à l'inverse, que l'exécution de la délivrance puisse avoir pour seule fonction de manifester le consentement tacite de son auteur⁽¹⁴⁵⁾. Si cette condition est en effet constitutive du contrat, elle ne l'est pas du consentement. Sans doute pourra-t-on toujours déduire de la remise du bien convenu l'adhésion du *tradens* au contrat simultanément formé, mais, sur le fond, cet élément intentionnel restera essentiellement autonome, et pourrait toujours être établi sans le soutien matériel de la chose mise à disposition. Il est du reste bien des cas dans lesquels la dépossession n'intervient pas volontairement et ne saurait par conséquent révéler aucune prétention contractuelle de son auteur. Il s'y joint, et ce n'est pas le moins, que, sauf circonstances particulières, la dépossession volontaire fait plutôt présumer en droit positif l'intention libérale⁽¹⁴⁶⁾, de sorte qu'il devrait toujours être nécessaire d'établir la volonté spéciale de donner le bien en prêt ou en dépôt pour obliger l'*accipiens* à restitution. Pour

commercial, dir. E. Thaller, t. III, *Les transports*, 2^e éd., A. Rousseau, 1926, n° 80, pp. 102-106, et n° 366, pp. 352-353.

(142) Sur cet argument, v. par ex. E. LEDUC, *Les avant-contrats*, th. Paris, 1909, p. 187.

(143) Constitutive, cette condition n'est donc pas simplement suspensive : la formation du contrat par la remise du bien ne rétroagira pas au jour d'un éventuel accord préalable.

(144) La solution contraire appartient au très ancien droit français, à une époque où le consentement n'était pas encore apparu pour fondement de la force obligatoire des conventions : v. *supra*, n° 312, spéc. note 86.

(145) Pour cette assimilation entre remise et consentement pourtant, v. J. MAURY, *loc. cit.* (*supra*, note 120) ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, art. préc. (*supra*, note 103), not. nos 32 et 49, pp. 23 et 42. Comp. A.-F. EYRAUD, *op. cit.* (*supra*, note 77), *passim*, qui finit toutefois par l'exclure, n° 220, p. 181, note 659. *Adde* D. DEROUSSIN, « Retour sur l'obligation et le contrat *re* », in *Études d'histoire du droit privé en souvenir de Maryse Carlin*, MDD, 2007, pp. 273-298, spéc. pp. 287-288, qui estime que la tradition romaine aurait pu valoir, déjà, comme une forme d'expression de la volonté des contractants. *Contra* : P.-F. GIRARD, *op. cit.* (*supra*, note 50), p. 540, qui enseigne que « *Les conditions d'existence du mutuum sont, comme celles de tous les contrats réels, au nombre de deux : une convention, sans laquelle il n'y aurait pas de contrat ; une res, sans laquelle il n'y aurait pas de contrat réel.* »

(146) V. not. 1^{re} civ., 28 févr. 1995, *Bull.*, I, n° 107 : « *Attendu que la preuve de la remise de fonds à une personne ne suffit pas à justifier l'obligation pour celle-ci de restituer la somme qu'elle a reçue.* ». Et encore 1^{re} civ., 6 mai 1997, *Bull.*, I, n° 144 ; 30 mars 1999, *Bull.*, I, n° 112 ; 24 oct. 2006, *Bull.*, I, n° 439, qui exerce sa censure au motif « *qu'il incombait [au] demandeur à l'action d'établir que l'enrichissement procuré [au défendeur] par le financement litigieux était sans cause, partant qu'il n'avait pas agi dans une intention libérale* » ; 2 avril 2009, *Bull.*, I, n° 74 ; D. 2009, chr. C. cass., p. 2066, obs. C. Creton, qui rejette l'action en restitution de celui qui ne peut établir que les fonds versés l'ont été à titre de simple prêt.

former le contrat réel, il faut donc à la fois un accord de volonté et une délivrance du bien convenu. Que manque cette dernière, et le contrat restera aussi inexistant que si les volontés ne s'étaient pas rencontrées⁽¹⁴⁷⁾.

321. Une tradition protectrice – Si cette subordination historique du contrat réel à l'exécution de la prestation du *tradens* fut longtemps justifiée par une prétendue nature de l'opération⁽¹⁴⁸⁾, il semble que ce soit aujourd'hui la protection de l'intérêt de ce contractant qui recueille la majorité des suffrages⁽¹⁴⁹⁾. Par ce moyen, en effet, le propriétaire se voit exonéré de l'obligation de se départir de son bien au profit de son cocontractant, tandis que la matérialisation immédiate de son engagement lui permet d'en prendre la mesure en même temps qu'il l'exécute, et lui en signale la portée mieux qu'aucune autre forme.

Et c'est bien parce que le *tradens* se dépossède à titre gratuit que l'on peut préférer ne pas l'y obliger⁽¹⁵⁰⁾. Non seulement il se trouve privé, en effet, de la jouissance de son bien sans contrepartie, mais il se soumet aussi, ce faisant, au risque de son détournement ou de sa dégradation⁽¹⁵¹⁾. C'est évident pour le déposant ou pour le commodant, mais cela n'est pas même différent pour le prêteur à intérêts, dès lors que ces intérêts ont pour seul objet de lui restituer les fruits produits ou productibles par son bien et non de le rémunérer du service rendu⁽¹⁵²⁾. Ce n'est que dans le cas où les intérêts dépasseraient cette mesure que l'on pourra faire exception à la réalité du contrat de prêt, devenu bail, pour le rendre aux conditions de formation du droit commun. Ainsi se trouve justifié que les prêts accordés par les établissements de crédit puissent obliger ces derniers à libérer les fonds promis⁽¹⁵³⁾.

(147) En ce sens, v. Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, [4^e éd.], A. Durand et al., 1877, n° 32, pp. 34-35 : « il est évident que nous avons aussi des contrats réels, en ce sens que certains contrats sont tels qu'ils ne peuvent naître, avec le caractère propre qui les constitue, qu'autant qu'il y a eu tradition de la chose, à laquelle ils s'appliquent. » ; Ph. REIGNÉ, *op. cit.* (*supra*, note 77), n° 116, p. 134. Et en jurisprudence : CA Paris, 5 févr. 1980, *Juris-Data* n° 000087, qui juge le prêt inexistant tant que le bien n'a pas été remis à l'emprunteur. V. égal. 1^{re} civ., 5 juill. 2006, pourvoi n° 04-13235, qui reproche à la cour d'appel de ne pas avoir répondu au moyen « tiré du caractère réel des prêts invoqués devant elle et de leur inexistence pour défaut de remise des fonds à l'emprunteur ».

(148) V. *supra*, n° 319.

(149) V. not. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, 12^e éd., Sirey, 2006, n° 304, p. 263 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, 2009, n° 149, p. 167 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 8^e éd., Dalloz, 2007, n° 842, p. 796. Sur cette évolution doctrinale, v. Ch. JAMIN, art. préc. (*supra*, note 114), spéc. n°s 29 et 30, p. 403.

(150) En ce sens : L. LEVENEUR, note sous 1^{re} civ., 28 mars 2000, *CCC* 2000, n° 106. Rapp. M.-N. JOBARD-BACHELLIER, art. préc. (*supra*, note 103), n° 11, p. 9.

(151) Ce dernier inconvénient suffit à justifier la solution, quand bien même le propriétaire disposerait-il du droit reprendre son bien *ad nutum* : cette faculté ne le soustrait pas au risque d'un détenteur récalcitrant, désinvolte, ou encore malveillant.

(152) Sur quoi, v. déjà *supra*, n° 317, spéc. note 134, *in fine*.

(153) V. *supra*, n° 317, spéc. note 129. Sous cette réserve que le raisonnement n'imposait peut-être pas d'affirmer que « le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel » (1^{re} civ., 28 mars 2000, préc., *ibid.*) : il était tout aussi possible de se contenter de conférer force exécutoire à la promesse de prêt sans la confondre à ce dernier. Sans doute la promesse irrévocable vaut-elle ailleurs contrat définitif, et le contrat de bail n'est-il lui-même rien d'autre que la promesse contractée de donner en jouissance contre rémunération. Mais la nature essentiellement réelle du contrat du prêt, qui lui reste acquise en toute autre

(suite p. suiv.)

322. Une réalité incontournable – Des contractants pourraient fort bien vouloir soumettre la formation de leur engagement à l'exécution de sa première prestation, et chercher à réifier ainsi une convention ordinairement consensuelle. Dans cette perspective, un contrat de louage deviendrait un contrat réel dès lors que le locataire ne pourrait forcer à la délivrance du bien. De même, la vente se trouverait retardée à la délivrance du bien vendu ou au paiement du prix⁽¹⁵⁴⁾. C'est bien ainsi, du reste, que l'échange se fait troc lorsque le rapport d'obligation nécessite pour se nouer que la commutation opère matériellement : alors que les échangistes s'obligent *solo consensu* à s'échanger leur bien, les parties à un troc ne s'obligent tout au plus qu'à le donner pour le cas où le cocontractant remettrait le sien. Défaits de l'une des deux obligations réciproques, ces contrats, de synallagmatiques, deviendraient unilatéraux.

Dans tous ces cas, cependant, la remise du bien ne sera pas constitutive du contrat en propre mais seulement du consentement lui-même. Si l'existence de l'engagement se trouve ainsi retardée à l'exécution de cette prestation, ce n'est pas que l'accord des volontés n'aura pas suffi à faire le contrat, mais parce que l'on déduira d'une telle stipulation que l'accord ne se produira qu'à l'instant de la délivrance. Les parties ne peuvent pas, dans un système consensualiste, introduire d'elles-mêmes une forme nouvelle pour condition d'existence du contrat, sous peine d'en méconnaître la définition⁽¹⁵⁵⁾. Elles ne peuvent qu'en faire une condition de validité ou l'ériger pour condition d'existence de leur consentement. Même en ce dernier cas d'ailleurs, il ne s'agirait jamais encore que d'une simple indication donnée à l'interprète, qui demeurera libre d'estimer que les parties y auraient finalement renoncé en contractant sans cette forme.

Plutôt qu'une convention destinée à rendre réel un contrat consensuel, on doit donc se contenter de voir dans cet accord préalable une promesse unilatérale de recevoir la chose, ou d'honorer toute autre forme d'engagement, du jour où le bénéficiaire lèvera son option en exécutant sa propre prestation. Si bien qu'une telle promesse a moins pour effet de réifier le contrat définitif que de le rendre unilatéral là où il est habituellement synallagmatique.

Et les parties ne seraient pas plus autorisées, en sens contraire, à faire qu'un contrat réel par la force du droit devienne consensuel par celle de leur volonté. Le principe de réalité

circonstance pour solution de principe, pouvait inciter à le soumettre à une seule et même qualification plutôt qu'à en diviser ainsi l'espèce en fonction de la qualité des contractants.

La justification ne vaut cependant qu'à titre général, parce que les établissements de crédit tirent notamment leurs revenus des intérêts des sommes qu'ils prêtent, et non pas à titre particulier, ce qui obligerait sinon à voir un contrat réel dans tout prêt bancaire consenti pour un taux inférieur au taux légal.

(154) Sur la propension populaire à adopter ce schéma réaliste du contrat, v. *supra*, n° 312, spéc. note 92. La vente par distributeur automatique est sur ce point assez éclairante : l'acheteur n'est jamais obligé de payer le prix, puisque la formation de la vente par son acceptation se confond à son paiement. Pour autant, même réelle, il s'agit toujours d'une vente.

(155) Le contrat se définissant comme un accord de volonté destiné à produire des effets de droit (v. *supra*, n° 12), ni l'exécution ni aucune forme ne peuvent s'introduire dans cette définition sans changer la nature de l'acte ainsi constitué. La solution est identique de ce point de vue que la forme convenue soit réelle ou solennelle : v. *supra*, n° 307, *in limine*. C'est bien en cela que, imposés *ex lege*, les contrats réels véritables que sont le dépôt et le prêt font figure d'exceptions.

attaché aux contrats de dépôt et de prêt n'est pas supplétif de volonté, et moins encore présomptif de celle-ci. Tout ce que l'on présumera, c'est que les contractants n'auront pas souhaité s'obliger avant de former ce contrat. Et tout ce que l'on concédera aux parties qui chercheraient à se soustraire à cette réalité, c'est de s'engager au titre d'un accord préliminaire qui ne se confondra pas au contrat définitif. Une telle promesse aura cette fois pour objet, à l'inverse de précédemment, de bilatéraliser un engagement que le contrat réel désigne le plus souvent comme unilatéral.

La question reste alors entière de savoir si l'intérêt du *tradens*, qui justifiait de retarder la formation du contrat définitif à la remise du bien, prévaut assez puissamment pour s'imposer encore à la promesse préalable qui chercherait à l'obliger nonobstant à cette remise. Cette question n'est plus celle de l'existence du contrat réel, à présent résolue, mais celle de la validité de cette promesse et, le cas échéant, de la portée de sa sanction.

B - L'EXÉCUTION PROMISE : LA SANCTION IMPARFAITE DE LA PROMESSE DE CONTRAT RÉEL

323. La validité de principe des promesses de contrat réel – Condition d'existence du contrat réel, il n'est pas sûr que la délivrance du bien doive être au surplus considérée comme une condition de validité de la promesse qui le précéderait.

Une hypothèse au moins doit d'emblée être écartée comme ne suscitant aucune difficulté. Lorsque, en effet, la promesse n'engage que le cocontractant à recevoir le bien, et non le propriétaire à le délivrer, on ne discute pas en ce sens de son efficacité, l'*accipiens* ne pouvant faire valoir de son côté aucun intérêt suffisamment sérieux pour contester la validité de son engagement. Peu importe donc en ce cas que le bien n'ait pas encore été remis, dès lors que cette prestation relèvera toujours de la libre volonté du propriétaire bénéficiaire de la promesse.

Seul l'engagement pesant sur le *tradens* peut s'avérer problématique. Et encore un cas particulier doit-il être là aussi évincé. Car le promettant pourrait fort bien se séparer de la chose due sur-le-champ, à l'instant même de sa promesse, en sorte que, l'option restant à l'*accipiens*, celle-ci consistera, par exemple, à lui conférer un droit d'usage sur une chose jusqu'alors conservée par lui ou par un tiers détenteur, ou à mettre en vigueur la rémunération prévue au titre d'une promesse de dépôt salarié. En cette circonstance, la condition envisagée aura été d'ores et déjà satisfaite, si bien que la validité de l'engagement, là encore, ne se discutera pas.

Pour que la question de la validité de la promesse se pose, il faut que celle-ci fasse obligation au possesseur actuel de se dessaisir de son bien au profit de son cocontractant pour le cas où celui-ci lèverait son option. En cette hypothèse seulement, il apparaît clairement qu'un tel engagement contraint son débiteur à céder son bien à la jouissance d'un tiers, si bien qu'il pourrait y avoir lieu de se demander si le même argument qui

justifiait de retarder la formation du contrat de dépôt ou de prêt à la remise de la chose ne fonderait pas aussi la nullité de l'engagement qui chercherait à forcer cette dépossession.

Le rapport n'est cependant pas nécessaire. Il est parfaitement possible d'estimer que la valeur de l'intérêt ici protégé, qui justifiait de poser pour présomption que les parties n'ont probablement pas voulu obliger le *tradens* à remettre son bien⁽¹⁵⁶⁾, ne soit pas telle qu'elle dût leur interdire pour autant de renverser cette présomption si elles ont spécialement arrêté leur intention en ce sens au moyen d'une promesse préalable⁽¹⁵⁷⁾. Mais on peut également raffiner l'analyse, et valider la promesse de contrat réel tout en limitant la sanction. C'est cette dernière solution qui, en définitive, paraît la plus équilibrée et la mieux fondée.

324. La sanction limitée des promesses de contrat réel – Si l'on peut défendre la validité de principe des promesses de contrat réel, il paraît toutefois prudent de n'y souscrire que sous la réserve de ne leur reconnaître qu'une portée limitée. À cet effet, il s'agirait alors de priver le bénéficiaire de toute action en exécution forcée de l'obligation de délivrance pour ne lui reconnaître qu'une action en indemnisation du préjudice subi du fait de son inexécution. De cette façon, l'obligation ainsi contractée n'aurait qu'un caractère imparfait⁽¹⁵⁸⁾. Il n'en irait différemment que dans le cas où la remise du bien promis s'effectuerait pour le promettant à titre professionnel : en cette hypothèse seulement, la délivrance devrait toujours pouvoir faire l'objet d'une exécution forcée, au moyen d'une condamnation sous astreintes, mais aussi par toutes les voies d'exécution qui se prêtent ordinairement aux obligations de donner.

Une telle solution pourrait se recommander de cette idée que la délivrance du bien, qui constitue une condition à part entière du contrat définitif et non seulement du consentement à ce contrat⁽¹⁵⁹⁾, n'en demeurerait pas moins aussi un élément par lequel s'exprimerait une réitération de ce consentement. On présumerait ainsi que, sauf le cas du professionnel opérant dans l'exercice de son activité, la remise du bien aurait pour double fonction de parfaire le contrat réel et de manifester l'accord définitif du *tradens*. Celui-ci

(156) V. *supra*, n° 322, *in fine*.

(157) Pour l'admission de la promesse de dépôt, qui ne se conçoit guère en ce sens que lorsqu'il est salarié, v. par ex. M.-N. JOBARD-BACHELLIER, art. préc. (*supra*, note 103), n° 69 et s., pp. 56-57. Pour la promesse de prêt : CA Colmar, 8 mai 1845, *DP* 1845, II, p. 219 ; *S.* 1847, II, col. 117 ; 1^{re} civ., 20 juill. 1981, préc. (*supra*, note 127). Et pour la validité de principe de toute promesse de contrat réel, v. Ch. AUBRY et Ch. RAU, *op. cit.* (*supra*, note 54), 4^e éd., t. IV, 1871, § 340, p. 284, note 6 ; A.-M. DEMANTE et E. COLMET DE SANTERRE, *Cours analytique de Code civil*, 2^e éd., Plon, t. V, 1883, par E. Colmet de Santerre, n° 9 *bis*, II, p. 11 ; R. DEMOGUE, *op. cit.* (*supra*, note 105), n° 502, p. 69 ; J.-M. VERDIER, *Les droits éventuels*, th. Paris, 1954, n° 134, p. 114.

Au contraire, la promesse de donation ou de gage, qui oblige le promettant au même titre que le contrat définitif, doit répondre aux mêmes conditions que ce dernier. De sorte que, à la différence de ce qui vaut pour le dépôt ou le prêt, la promesse de donation ou de gage ne sera valable que dans le respect de la forme solennelle qui commande le transfert ou la constitution du droit réel (v. *supra*, nos 314 et 315, spéc. notes 102 et 117).

(158) Sur cette qualification d'obligation imparfaite, v. *supra*, n° 267.

(159) V. *supra*, n° 320.

aura bien pu s'obliger par une promesse antérieure à réitérer l'expression de son consentement en se dessaisissant de son bien, mais par égard pour sa liberté contractuelle, on ne forcera pas cette réitération, puisque ce forçage reviendrait à la nier radicalement. Il s'agit en somme de considérer que, comme pour les contrats solennels⁽¹⁶⁰⁾, la promesse consensuelle de contrat réel vaut plutôt comme accord de principe obligeant à déclarer à nouveau sa volonté en même temps qu'on en exécutera l'objet. En foi de quoi, la délivrance de la chose promise resterait bien, dans cette mesure, une condition de validité de la promesse strictement qualifiée.

Pratiquement, ce raisonnement s'applique à la promesse de dépôt, même salarié, aussi bien qu'à la promesse de prêt, même à intérêts.

Pour ce qui est du dépôt, on peut penser que l'accord préalable ne devrait logiquement obliger le déposant que pour autant que cette convention aura prévu une rémunération pour le dépositaire, considérant que, sans celle-ci, ce dernier n'aura généralement aucun intérêt à agir en exécution. Au cas de promesse de dépôt salarié, donc, le dépositaire promis ne sera pas autorisé, pour obtenir son paiement, à forcer le propriétaire à lui remettre son bien. Outre l'absence, par hypothèse, d'une contrepartie à cette dépossession, il est encore une autre raison pour exclure en ce cas toute voie d'exécution forcée, car on ne force pas à l'exécution d'une prestation qui ne rend plus aucun service. C'est ainsi que, comme le dépositaire pressenti, il n'est pas plus permis à un transporteur d'exiger de l'expéditeur qu'il lui laisse la marchandise à disposition si ce dernier a fini par changer d'avis. Les droits de l'un et de l'autre se borneront par conséquent à réclamer des dommages-intérêts pour le préjudice que cette inexécution leur aura occasionné. Et le montant de leur réparation équivaldra à celui de la rémunération convenue diminué du coût de la conservation ou du transport que la défection du promettant leur aura évité. En aucun cas cette indemnisation ne devrait pouvoir s'élever à la totalité du paiement attendu, puisque celui-ci trouvait sa cause dans un service qui, quelle qu'en soit la raison, n'aura jamais été rendu⁽¹⁶¹⁾.

Le cas du prêt est à peine plus difficile. Selon les mêmes principes en effet, le promettant ne sera jamais tenu de remettre son bien, même si, cette fois, la mise à disposition de la chose promise aurait servi les intérêts de l'emprunteur qui en sollicitait l'usage. C'est ici encore le caractère essentiellement gratuit du prêt qui justifie de soustraire le promettant à la contrainte ; ce qui postule, au cas de stipulation d'intérêts, que ceux-ci ne soient pas supérieurs à ceux que le bien, et la somme d'argent singulièrement, était naturellement destiné à produire. Au-delà de cette mesure, qui est celle du taux légal, ces intérêts ne seraient plus seulement compensatoires mais déjà rémunératoires, en sorte que, comme la promesse de bail qu'elle est en réalité, cette promesse de « prêt » obligerait son débiteur à délivrer la chose due. Le prêteur professionnel, censé tirer son revenu de cette

(160) En ce sens, à propos de la promesse de donation, v. *supra*, n° 314, *in fine*, spéc. note 102.

(161) Pour cette limitation de la réparation due au dépositaire salarié, v. M.-N. JOBARD-BACHELLIER, art. préc. (*supra*, note 103), n° 72, pp. 57-58.

activité, sera lui-même tenu à cette délivrance, quand bien même le prêt en cause ne lui fournirait actuellement pas ce bénéfice⁽¹⁶²⁾. Hors cette double hypothèse cependant, le promettant ne devrait pas pouvoir être forcé à se dessaisir de son bien ; il ne sera jamais condamné là encore qu'à réparer le préjudice qu'il aura ainsi provoqué en privant le bénéficiaire de l'usage attendu⁽¹⁶³⁾.

325. Conclusion – Archaïques, les contrats réels n'en sont pas moins des figures persistantes du droit. Au consensualisme, ils n'ont concédé que la possibilité de s'obliger à délivrer le bien promis, tout en se gardant de la confusion qui menaçait de les absorber dans cette promesse préalable. Le moyen en a été de conserver, pour principe au moins, un effet à la renonciation, même fautive, du promettant. Si bien que, avec ou sans accord préliminaire, la règle demeure encore aujourd'hui que le contrat réel réclame pour se former une dépossession matérielle, et qu'il resterait, sans celle-ci, strictement inexistant.

Appliqué au dépôt et au prêt, le raisonnement s'articule alors comme suit. Le simple accord de volonté fait présumer, par faveur pour celui qui se dépossède sans contrepartie, que les contractants n'ont pas entendu s'engager avant que le bien ne soit effectivement remis. On ne prêterait d'emblée force obligatoire à cette convention préalable que dans le cas où le contrat serait conclu à titre onéreux, que le dépôt soit salarié ou le prêt à intérêts, ou qu'il serait souscrit par un déposant ou un prêteur exerçant ce faisant son activité professionnelle. Ce cas échéant, la promesse vaudrait parfaitement à l'encontre du professionnel, ainsi susceptible d'être forcé en justice à délivrer le bien promis, mais n'aurait encore qu'un effet limité envers un particulier, qui ne sera tenu pour sa part que de réparer le préjudice que sa renonciation aura causé à son cocontractant, sans priver celle-ci de son effet.

Il n'est donc que lorsque le *tradens* se trouve être un professionnel œuvrant dans l'exercice de son activité, ce qui ne vise guère en pratique que les établissements de crédit, que l'opération échappera à la qualification de contrat réel. Partout ailleurs, le principe reste à cette idée que les contrats de prêt et de dépôt ne se forment qu'avec la remise de la chose,

(162) V. *supra*, n° 321, *in fine*. Son engagement s'analysera alors comme une promesse unilatérale de prêt. En ce sens, v. D. R. MARTIN, « De l'ouverture de crédit », *RDB* 2004, p. 135.

(163) Si la Cour de cassation oblige ainsi les établissements de crédit à libérer les fonds promis (v. déc. préc., *supra*, note 129), elle a au contraire jugé à l'encontre de particuliers qu'« à défaut de réalisation du contrat de prêt, [les promettants] ne pouvaient être tenus qu'à des dommages-intérêts en raison de leur manquement fautif à leur engagement de prêter des fonds » : 1^{re} civ., 20 juill. 1981, préc. (*supra*, note 127). *Contra* : CA Colmar, 8 mai 1845, préc. (*supra*, note 157). Comp. la solution adoptée en sens contraire pour l'obligation de délivrance du bailleur : Soc., 20 juin 1963, *Bull.*, IV, n° 531. V. *infra*, n° 361, spéc. note 175.

La doctrine est plus partagée, un certain nombre d'auteurs prônant l'exécution forcée pour toute promesse de prêt, sans distinction : L. GUILLOUARD, *loc. cit.* (*supra*, note 133) ; J. HUET, *loc. cit.* (*supra*, note 130). Et d'autres étendent même la solution à toute promesse de contrat réel : J. DESCHAMPS, *La promesse de contrat*, th. Paris, 1914, p. 46 ; P. ESMEIN, *op. cit.* (*supra*, note 89), n° 121, 2^o, p. 135. Mais la doctrine contemporaine paraît plus volontiers opiner pour les seuls dommages-intérêts : J.-M. VERDIER, *op. cit.* (*supra*, note 144), n° 140, p. 120 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *loc. cit.* (*supra*, note 149) ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.* (*supra*, *ibid.*), n° 148, p. 166 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 4^e éd., Defrénois, 2009, n° 425, p. 212 ; A.-F. EYRAUD, *op. cit.* (*supra*, note 77), n°s 275 à 292, pp. 234-256.

et qu'aucun contrat préalable ne saurait y obliger pleinement, quelle que fût l'intention des parties en ce sens.

Tel est l'état du droit positif, et en proposer un autre reviendrait nécessairement à nuire, soit aux intérêts du propriétaire dépossédé, soit à ceux du consommateur de crédit, qu'il importe tous deux de protéger. Même un système contractuel fondé sur l'autonomie de la volonté peut parfaitement réserver en son sein quelques refuges au formalisme chaque fois qu'il se trouve une juste raison à l'exception. Les principes consensualistes sont aujourd'hui assez éprouvés pour qu'ils n'aient plus à craindre cette concurrence résiduelle du passé⁽¹⁶⁴⁾.

Les contrats réels sont du reste moins répandus qu'on l'affirme parfois. Seuls le sont véritablement les contrats de dépôt et de prêt, car, partout ailleurs, la remise du bien n'intervient tout au plus que comme condition de validité et non d'existence de la convention. Ni la donation, fût-elle manuelle, ni le gage, même avec dépossession, ne constituent proprement à ce titre des contrats réels. Ces autres conventions répondent mieux à la qualification de contrats solennels, pour lesquels le formalisme s'impose plus volontiers *ad validitatem* que *ad existentiam*⁽¹⁶⁵⁾.

Il en résulte que le contrat n'est plus que rarement aujourd'hui inexistant pour défaillance d'une condition de forme. Dans un système juridique où la liberté est la règle, et où les conventions ne se définissent plus qu'en regard de la volonté de leurs parties, c'est à une condition de fond que la perfection du contrat se subordonnera le plus souvent.

(164) Rappr. en ce sens J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les Obligations*, 22^e éd., PUF, 2000, n° 93, p. 185, qui note que « *L'hostilité à la théorie des contrats réels date d'une époque où, à travers le consensualisme, l'individualisme était roi.* »

(165) V. ainsi F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.* (*supra*, 149), n° 63, p. 77, qui enseignent que le formalisme solennel est prescrit pour la validité du contrat, tandis que la remise de la chose l'est pour condition de formation du contrat réel.

CHAPITRE II

LA PERFECTION DU CONTRAT
SUBORDONNÉE À UNE CONDITION DE FOND

326. Le fond du contrat – La condition de fond ne relève plus des apparences formelles mais de ce que celles-ci manifestent. Sous toute forme gît un fond qui, se distinguant à présent⁽¹⁾, constitue la matière première des choses et conditionne naturellement cette fois l'existence du contrat.

Dans son détail, le fond se compose aussi bien de l'origine passée de l'acte que de son contenu actuel⁽²⁾. Au premier chef, c'est l'élaboration de la convention qui est en cause : l'origine du contrat est celle de sa formation⁽³⁾, et il s'agira alors de s'interroger sur les éléments qui, introduits dans cette procédure, sont susceptibles, au cas de défaillance, de mettre obstacle à l'apparition du contrat. Cet écueil passé, et la formation de l'accord acquise, c'est le problème de son contenu qui se posera finalement, consistant à vérifier l'existence de tel ou tel contrat déterminé. À l'épreuve traversée par le contrat progressivement édifié (Section I) succédera ainsi la difficulté d'établir l'existence du contrat spécialement qualifié (Section II).

(1) Sur la distinction de la forme et du fond, v. *supra*, n° 294. Ne sont bien visées ici que les conditions relevant exclusivement du fond de l'acte, et non celles qui, venant se mêler à la forme, ont été précédemment qualifiées de formes substantielles : v. *supra*, n° 297.

(2) V. *supra*, n° 294, *in limine*.

(3) Cette assimilation du fond de l'acte à son origine, laquelle réside pour tout acte juridique dans l'expression des volontés constitutives, est notamment à l'œuvre à l'article 117 du Code de procédure civile, qui ne vise pour irrégularités de fond que des vices liés à la capacité ou au pouvoir de l'auteur de l'acte considéré.

SECTION I

LE CONTRAT PROGRESSIVEMENT ÉDIFIÉ

327. Une procédure spéciale de formation – Il n'est plus ici question d'évoquer les obstacles dressés par le droit commun à la conclusion du contrat⁽⁴⁾ mais ceux qui s'y ajouteront en certaines occasions seulement, du fait des contractants ou de la loi elle-même. Ces étapes supplémentaires sont bien de droit spécial en ce qu'elles ne s'imposeront pas sans une volonté particulière des parties ou une disposition légale circonscrite à une situation contractuelle déterminée. Ignorer l'une d'elles, en s'en tenant au droit commun, pourrait alors condamner le contrat à l'inexistence aussi sûrement que si l'on avait méconnu les conditions de formation communes à toute convention.

Ces étapes nouvelles sont de deux ordres. Soit il est décidé de subordonner la conclusion du contrat à la présence d'un élément ordinairement étranger à sa formation, et comme tel accidentel, soit c'est l'un de ses éléments essentiels qui fera d'emblée défaut, sans pour autant décourager les parties d'engager malgré tout leur négociation. Dans le premier cas, l'existence du contrat deviendrait conditionnelle (§ 1) ; dans le second, elle ne serait même encore qu'éventuelle (§ 2).

§ 1 – L'existence conditionnelle du contrat assujetti à un élément accidentel

328. Une condition suspensive – Par définition, le contrat ne s'assujettit normalement pas à un élément qui lui est accidentel. Pour ce faire néanmoins, il doit intégrer ce facteur étranger à son objet en tant que modalité de sa réalisation, ce rapport de subordination s'exprimant alors au moyen d'une condition suspensive. C'est en étudiant le procédé d'intégration de cet élément au processus de formation (A) que l'on mesurera sa portée sur l'existence du contrat (B).

A - L'INTÉGRATION DE L'ÉLÉMENT ACCIDENTEL À LA FORMATION DU CONTRAT

329. Une condition par accident – L'élément considéré est ici accidentel en ce qu'il trouve son origine hors du contrat et de sa procédure naturelle de formation. L'hypothèse est celle d'une stipulation ou d'une disposition spéciale venant subordonner l'existence de

(4) Sur lesquels, v. *supra*, titre I.

l'engagement à un événement qui n'aurait pas été appelé, sans celle-là, à régler la convention des parties.

C'est à ce titre que l'élément extrinsèque opère sur l'obligation ainsi conditionnée comme une modalité plutôt que comme une condition *sine qua non* : c'est parce que l'événement en cause est initialement étranger à l'engagement que celui-ci pourra en inscrire l'occurrence à son objet sans pour autant reporter sa conclusion⁽⁵⁾. L'objet de l'obligation s'en trouvera simplement précisé et non pas empêché. L'affirmation traditionnelle selon laquelle la condition ne pourrait porter sur un élément essentiel du contrat ne signifie pas autre chose : une condition ordinairement constitutive ne peut logiquement pas être ramenée à une simple modalité de l'engagement, sous peine de disqualifier ce dernier ; seul un élément étranger peut venir, de l'extérieur, s'y agréger.

Ces événements sont de toute espèce. Tant que leur réalisation demeure incertaine⁽⁶⁾ et qu'ils ne sont pas originairement nécessaires au contrat, ils pourront toujours s'immiscer dans sa formation par le biais de la modalité.

330. Un élément nécessairement conditionnel – Le raisonnement qui précède pourrait n'apparaître de prime abord que présomptif : réputé s'introduire dans la formation du contrat en tant que condition suspensive, l'élément accidentel serait néanmoins susceptible de devenir proprement constitutif sur décision spéciale des parties, lesquelles retarderaient ainsi la conclusion de leur accord à la réalisation de l'événement, sans faire de celui-ci, dans l'attente, la modalité d'un engagement restant à venir. Dans cette hypothèse, la convention se formerait, non plus en deux étapes, mais en un trait de temps, au seul jour de l'occurrence prévue. Il ne s'agirait plus seulement, en somme, de contracter « *si tel événement se produit* », mais « *si et quand cet événement se produira* ».

À l'analyse cependant, il apparaît qu'une telle intention se traduira mieux par un autre raisonnement. Au lieu de rendre constitutif du contrat un élément qui ne l'est normalement pas, les parties différeront simplement leurs consentements définitifs jusqu'à cette occurrence. Ce n'est pas l'événement extérieur qui sera intégré à la formation du contrat mais, tout à l'inverse, l'élément intrinsèque que constitue la volonté des contractants qui sera retardé à cet événement. Jusque là, aucun engagement, même conditionnel, ne se formera, de sorte que les volitions exprimées, qui ne l'auront été que de façon provisoire, resteront comme telles susceptibles de rétractation.

Le voudraient-elles seulement que les parties ne pourraient guère procéder autrement. Il est en effet douteux qu'un élément accidentel puisse s'immiscer jusque dans l'essence du contrat, pour autant que celui-ci réponde toujours à la stricte définition d'un accord de

(5) En ce sens, v. par ex. M.-L. IZORCHE, « Contrats conditionnels et définitifs », in *La négociation du contrat*, colloque Univ. sc. soc. Toulouse, 19 mai 1998, *RTD com.* 1998, pp. 521-550, n° 10, p. 523.

(6) Un élément accidentel mais de réalisation certaine ne vaudrait plus que comme terme suspensif et ne réglerait alors plus la formation du contrat : v. *supra*, n° 280. Un élément nécessaire à la convention, en revanche, subordonnera toujours sa formation, quand bien même cette occurrence serait tenue pour certaine.

volonté destiné à produire des effets de droit⁽⁷⁾. Elles pourront toujours retarder leur accord, le subordonner à certaines modalités, ou y introduire même des conditions de validité nouvelles⁽⁸⁾ ; mais ces éléments initialement étrangers au contrat ne participeront jamais, à proprement parler, de son essence.

L'alternative n'est donc pas réductible : soit les parties se contentent d'intégrer l'événement considéré comme modalité de leur accord, et elles le concluent au plus sous une condition suspensive, soit elles entendent le subordonner absolument à une condition *sine qua non*, et elles ne contracteront pas du tout avant la réalisation de cet événement⁽⁹⁾.

331. Une condition conventionnelle ou légale – Quoi qu'on en ait souvent dit, la condition suspensive n'est pas nécessairement de source conventionnelle⁽¹⁰⁾. La loi de tous peut aussi bien que celle des parties introduire une telle modalité dans la formation de certains contrats sans nécessairement en faire un élément essentiel au sens strict ni même une condition de validité⁽¹¹⁾.

Il est assez de dispositions pour l'attester. Certaines d'entre elles pourront n'être que supplétives de volonté et, en un sens, c'est bien le cas de l'article 1588 du Code civil, qui présume toute vente à l'essai convenue sous condition suspensive, obligeant les contractants à stipuler différemment pour écarter cette modalité. La plupart de ces dispositions tendent toutefois à s'imposer à la volonté des parties, au point qu'il soit permis de penser que c'est précisément cette nature impérative qui, par association, a pu faire

(7) Sur l'essence du contrat, et l'identité qu'elle entretient avec sa définition, v. *supra*, n°s 11 et 12.

(8) Ce sont bien les trois techniques que l'on vise généralement lorsque l'on évoque l'hypothèse d'une essentialisation contractuelle d'un élément accidentel. Et la plus couramment décrite, à cet égard, concerne probablement la désignation de tel élément pour cause subjective du contrat.

(9) Et si les parties choisissaient de faire de cet élément une condition de validité du contrat, l'alternative serait toujours la même : soit cette condition aura pour effet de retarder les consentements définitifs à sa réalisation, soit, pour engager d'emblée les contractants, elle devra en outre valoir comme condition suspensive.

(10) En ce sens pourtant : G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, dir. G. Baudry-Lacantinerie, 3^e éd., L. Larose et L. Tenin, t. XIII, *Des obligations*, t. II, 1907, n° 746, pp. 2-3 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd., LGDJ, t. VII, *Obligations*, 1954, n° 1024, 3^o, p. 371 ; H. EYGOUT, *De l'effet rétroactif de la condition accomplie*, th. Paris, 1922, n°s 17 et 18, pp. 24-25 ; J.-J. TAINÉ, *La notion de condition dans les actes juridiques*, th. Lille, 1977, n°s 364 et 365, pp. 502-504, puis in *J.-Cl. Civ.*, Art. 1168 à 1174, fasc. 40 à 43, « Obligations conditionnelles – Caractères de la condition », 2004, n° 66 et s., pp. 14-16. Les auteurs sont moins nombreux à défendre l'idée qu'une condition puisse aussi être d'origine légale : Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, publ. R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, 2^e éd., A. Rousseau, t. VIII, *Les contrats et les obligations*, collab. G. Lagarde, 1936, n°s 730 et 731, pp. 533-534 ; Ph. DEROUIN, « Pour une analyse fonctionnelle de la condition », *RTD civ.* 1978, pp. 1-41, n°s 23 à 29, pp. 14-19 ; B. GROSS et Ph. BIHR, *Contrats – Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, 2^e éd., PUF, 2002, n°s 113 à 115, pp. 81-82. V. cep. déjà Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français*, 4^e éd., Marchal, Billard & Cie, t. IV, 1871, § 302, 1^o, p. 60, qui définissent ainsi leur sujet : « Une condition, dans l'acceptation spéciale et propre de ce mot, est une déclaration de volonté ou une disposition de la loi, qui fait dépendre d'un événement futur et incertain l'existence d'un rapport juridique. »

(11) Comp. R. FILDERMAN, *De la rétroactivité de la condition dans les conventions*, th. Paris, 1935, n°s 15 à 17, pp. 24-25, qui estime que toute condition légale s'analyserait nécessairement comme une condition de validité et ferait ainsi obstacle à la qualification de condition suspensive. Cette opinion pourtant semble doublement inexacte, d'une part, donc, parce que la loi peut aussi bien que la volonté des parties introduire une modalité au contrat, mais en plus parce que, quand bien même imposerait-elle vraiment une condition de validité, cette autre qualification ne ferait pas obstacle à celle, complémentaire et non exclusive, de condition suspensive : v. *infra*, n° 336.

accroire que ces éléments ordinairement accidentels seraient devenus essentiels au contrat. Le Code de la consommation prévoit ainsi, sans que l'on puisse imaginer que les intéressés soient admis à s'y soustraire, que chacun des prêts servant à financer l'acquisition d'un immeuble est souscrit sous la condition suspensive d'obtention de la totalité des autres, et que la vente ou la promesse de vente est réputée conclue sous la même condition (C. consom., art. L. 312-13 et L. 312-16). Les cessions de parts sociales consenties à un tiers étranger à la société sont elles aussi conclues sous une condition suspensive impérative, ici de l'agrément du cessionnaire par les autres associés (C. com., art. L. 223-14), le Code de commerce en consacrant expressément l'analyse à propos des sociétés exerçant la profession de greffier de tribunaux de commerce (art. R. 743-4). Et l'on pourrait encore évoquer pour autre exemple l'hypothèse du droit de retrait accordé à la personne publique sur certaines ventes, tel celui qui autorise l'État à se subroger à l'adjudicataire d'une œuvre d'art (C. patr., art. L. 123-1) : en privant rétroactivement de son effet le consentement déclaré par le meilleur enchérisseur, l'exercice de ce droit de retrait, qui vient substituer le consentement du retrayant à celui du retrayé sur une offre revenue en cours, opère bien comme la défaillance d'une condition suspensive de la vente tout juste conclue⁽¹²⁾.

En toute hypothèse cependant, qu'elle soit conventionnelle ou légale, la condition suspensive relevant d'un événement étranger au contrat possède toujours la même portée sur l'existence de ce dernier.

B - LA PORTÉE DE LA CONDITION SUSPENSIVE SUR L'EXISTENCE DU CONTRAT

332. Une condition d'existence – Accidentel par son origine, l'événement qui constitue la condition en vient néanmoins à affecter, une fois celle-ci inscrite à son objet, l'existence du contrat⁽¹³⁾. La condition suspensive ne règle pas seulement l'exécution de la convention, comme le ferait un terme, ni même, en tant que telle, son efficacité, puisqu'elle n'est pas une condition de validité, mais bien en premier lieu sa formation même⁽¹⁴⁾. Il n'est

(12) Sur le rapport d'équivalence existant entre condition résolutoire du consentement et condition suspensive du contrat, v. *supra*, n° 219, *in limine*.

(13) Strictement, la condition est bien une modalité de l'obligation plutôt que de l'ensemble contractuel, et affecte donc l'existence de celle-là avant de conditionner celle du contrat. Mais, d'une part, rien n'interdit de subordonner à l'événement en cause l'ensemble de la convention plutôt qu'une seule de ses obligations. D'autre part, et surtout, une obligation contractuelle, rapportée à sa source, est aussi un contrat, non plus entendu alors en tant qu'objet juridique, mais en tant que mode de création de droits subjectifs. L'assimilation se trouve du reste jusque dans le Code civil, les articles 1584 et 1588 faisant référence à la condition du contrat là où les articles 1168 et suivants ne visaient textuellement que celle de l'obligation.

(14) C'est en ce sens que se prononcent la plupart des auteurs. V. ainsi A. M. DEMANTE, *Programme du Cours de droit civil français fait à la Faculté de droit de Paris*, t. II, A. Gobelet, 1831, n° 615, p. 292, puis *Cours analytique de Code civil*, 2^e éd., par Colmet de Santerre, t. V, Plon, 1883, n° 101 bis. II, pp. 158-159 ; Ch. AUBRY et Ch. RAU, *loc. cit.* (*supra*, note 10), puis *ibid.*, 4^e, p. 70, et note 40 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, 3^e éd., A. Marescq aîné, 1878, t. XVII, n° 32, pp. 49-50 ; H. EYGOUT, *op. cit.* (*supra*, *ibid.*), n°s 5 et 6, pp. 15-16 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil – Les obligations*, 2^e éd., t. II, *Le régime*, collab. Ph. Jestaz, Sirey, 1989, n°s 69 et 70, pp. 63-64 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations* (*suite p. suiv.*)

jusqu'à la définition des dictionnaires pour ne commander cette analyse. Car une condition, c'est d'abord une part de l'être, un élément qui définit l'état actuel de quelque chose⁽¹⁵⁾. Celle qui suspend cet objet conditionne donc bien son existence.

Avant la réforme du droit des sûretés opérée par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, le Code civil l'énonçait même en toute lettre : l'ancien article 2132 imposait ainsi au créancier faisant inscrire son droit à la conservation des hypothèques d'en estimer la valeur « *si la créance résultant de l'obligation est conditionnelle pour son existence* », tandis que l'ancien article 2148, alinéa 3, 4°, soumettait le même à cette autre obligation : « *si les droit sont éventuels ou conditionnels, il doit indiquer sommairement l'événement ou la condition dont dépend l'existence de la créance.* » C'est bien du reste parce que la condition participe de l'existence de l'obligation que son impossibilité ou son illicéité propre devient celle de l'objet qu'elle affecte et rend nulle la convention qui en dépend (C. civ., art. 1172)⁽¹⁶⁾.

333. Une existence conditionnelle – Mais parce que la condition suspensive trouve sa source dans un élément accidentel à la formation du contrat, elle ne le subordonne pas au point de le priver de toute existence. Le contrat existe, puisqu'il réunit tous les éléments de sa définition, mais il existe sous condition. Ni tout à fait inexistant, ni pleinement existant, le contrat formé sous condition suspensive demeure dans un état intermédiaire qui ne se réduit pas plus au premier qu'au second⁽¹⁷⁾. Il faut donc se déprendre de l'idée qu'une obligation conditionnelle ne serait encore qu'une simple éventualité, ne produisant comme telle aucun effet juridique⁽¹⁸⁾.

– *Théorie générale*, 9^e éd., par F. Chabas, Montchrestien, 1998, n° 1027, p. 1085 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, 2009, n° 1218, p. 1203 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, 6^e éd., Sirey, 2009, n° 277, p. 246. *Adde* l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, art. 1173, al. 2, qui pose cette définition : « *L'événement auquel est suspendue la naissance de l'obligation est une condition suspensive* ».

(15) V. par ex. *Le Grand Robert de la langue française*, 3^e éd., Le Robert, 2001, qui, après avoir rappelé la première acception de la condition comprise comme l'état général d'une chose ou d'une personne, la définit plus particulièrement comme le « *fait dont l'existence est indispensable pour qu'un autre état, un autre fait existe* ». En son premier sens, la condition générale d'un être n'est d'ailleurs pas autre chose que la réunion de ses conditions particulières. V. égal. *Trésor de la langue française*, CNRS et Univ. Nancy II, 1971-1994, qui définit la condition comme « *l'élément d'un tout qu'il aide à constituer de manière essentielle* », c'est-à-dire « *un préalable essentiel à la constitution de ce tout* ».

(16) Il est bien vrai que certaines conditions suspensives peuvent n'être stipulées, ou même imposées par la loi, que dans l'intérêt exclusif de l'une des parties, en sorte que cette dernière dispose encore de la faculté de forcer à l'exécution du contrat malgré la défaillance de la condition. V. par ex. 3^e civ., 13 juill. 1999, *Bull.*, III, n° 179 ; 17 nov. 2009, pourvoi n° 08-20721 ; 12 janv. 2010, *Bull.*, III, n° 6. Et pour une condition suspensive d'origine légale : 3^e civ., 24 sept. 2003, *Bull.*, III, n° 164, s'agissant de l'article L. 312-16 du Code de la consommation. Mais l'hypothèse, déjà particulière, ne fait pas obstacle à l'analyse de la condition suspensive en tant que condition d'existence de l'obligation, dès lors que l'on admet que le cocontractant ait pu accepter de laisser au pouvoir du bénéficiaire de décider si, précisément, l'événement doit conditionner ou non l'existence de l'engagement. Sur cette figure, v. not. G. GOUBEAUX, « Remarques sur la condition suspensive stipulée dans l'intérêt exclusif de l'une des parties », *Deffrénois* 1979, art. 31987, pp. 753-763.

(17) V. ainsi J.-J. TAISNE, *op. cit.* (*supra*, note 10), n°s 247 à 253, pp. 350-355 ; puis art. préc. (*ibid.*), n° 89, p. 19 : « *L'engagement conditionnel se situe de la sorte à mi-chemin entre l'engagement pur et simple et l'absence d'engagement.* » ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.* (*supra*, note 14), n° 79, p. 71 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les Obligations*, 22^e éd., PUF, 2000, n° 136, p. 265 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.* (*supra*, *ibid.*), n° 1230, p. 1215, de la façon la plus claire.

(18) Comp. pourtant les auteurs, nombreux, qui assimilent l'obligation conditionnelle à une obligation
(suite p. suiv.)

Car une obligation contractée sous condition suspensive développe déjà un effet juridique. Et la nature contractuelle de cet effet témoigne assez de l'existence, même conditionnelle, du contrat qui le fonde. Les consentements donnés, les parties seront ainsi d'ores et déjà engagées, sans pouvoir se délivrer de leur engagement autrement qu'en espérant la défaillance de l'événement convenu. C'est pour la même raison que la loi nouvelle entrée en vigueur *pendente conditione* demeurera sans conséquence sur l'obligation ainsi suspendue⁽¹⁹⁾. Il faut du reste bien que l'obligation conditionnelle existe pour pouvoir se transmettre, entre vifs, ou à cause de mort ainsi que le prévoit l'article 1179 du Code civil. C'est toujours enfin cette naissance de l'obligation au jour de l'accord des volontés qui justifie que, selon la même disposition, la réalisation de la condition, ou sa défaillance, rétroagisse à cet instant, puisque, si le contrat n'était pas déjà né, rien n'expliquerait que l'événement puisse produire son effet jusque dans le passé⁽²⁰⁾. De sorte que, si cette existence initiale du contrat ne commande pas à elle seule la rétroactivité⁽²¹⁾, au moins l'autorise-t-elle⁽²²⁾.

inexistante, dont Ch. TOULLIER, *Le droit civil français*, 5^e éd., J. Renouard et al., t. VI, 1830, n° 526, p. 560 : « Tandis que la condition est pendante, l'obligation n'existe point encore ; elle n'est point encore née. Il n'y a qu'une simple espérance qu'elle pourra exister. » ; A. LELOUTRE, *De la non-rétroactivité de la condition dans l'acte et le fait juridique*, th. Caen, 1904, p. 18 ; puis « Étude sur la rétroactivité de la condition », *RTD civ.* 1907, pp. 753-774, spéc. p. 773 ; et encore « Des cas d'existence et des effets de la condition », *RCLJ* 1912, pp. 232-245, spéc. pp. 239-240 ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 9^e éd., LGDJ, t. I, 1922, n° 319, p. 119 : « Le droit affecté d'une condition suspensive n'a pas encore d'existence ; la condition en empêche la naissance même, et on ne sait même pas si ce droit naîtra jamais. » ; et t. II, 1923, n° 375, p. 133 : « Tant que la condition est encore pendante, on peut dire que l'obligation qu'elle suspend n'existe pas ; on a seulement l'espoir de la voir naître un jour. » ; H. EYGOUT, *op. cit.* (*supra*, note 10), n° 8, pp. 17-18 : « Le droit conditionnel qui résulte du contrat n'existe pas encore pendente conditione ; c'est à tort qu'on dit qu'il existe sous condition ; quelque chose qui n'existe que sous condition suspensive est quelque chose qui existera peut-être, mais qui, pour le moment, n'existe pas. » ; J. BONNECASE, *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie*, t. III, Sirey, 1926, n° 84, pp. 159-160 : « l'acte juridique sous condition suspensive, devenant une réalité à l'arrivée seulement de la condition, ne se forme pas faute d'objet, au cas de perte fortuite de la chose, autrement dit fait figure d'acte inexistant. » ; J.-M. VERDIER, *Les droits éventuels*, th. Paris, 1954, A. Rousseau, 1955, n° 248, *in fine*, p. 205, qui estime que la condition suspensive donne lieu à deux droits successifs et que le droit conditionnel se confondrait à ce titre à un droit éventuel ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 4^e éd., Defrénois, 2009, n° 1320, p. 705, pour qui « le droit du créancier n'est pas encore né », celui-ci ne disposant encore que d'« une « espérance » de droit ».

(19) V. Ch. AUBRY et Ch. RAU, *op. cit.* (*supra*, note 10), § 302, p. 75 ; Ch. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. II, [4^e éd.], A. Durand et al., 1877, p. 360, p. 352 ; A.-M. DEMANTE et E. COLMET DE SANTERRE, *op. cit.* (*supra*, note 14), n° 100 bis, II, pp. 156-157 ; P. ROUBIER, *Le droit transitoire*, 2^e éd., Dalloz, 1960, n° 46, pp. 205-209 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.* (*supra*, *ibid.*), n° 83, p. 75 ; J. CARBONNIER, *loc. cit.* (*supra*, note 17).

(20) La règle remonte au droit romain : GAIUS, *in Dig.*, XX, IV, 11, § 1 ; PAUL, *ibid.*, XVIII, VI, 8 ; POMPONIUS, *ibid.*, XLVI, III, 16. Elle est restée constante depuis lors, en France, comme à l'étranger : v. par ex. C. civ. italien, art. 1360 ; C. civ. espagnol, art. 1120 et 1123 ; *Law Reform (Frustrated Contracts) Act*, 1943, § 1 (2), pour le droit anglais ; solution suivie aux États-Unis sur le fondement de l'*equity*. Et pour une réaffirmation récente, v. encore C. civ. Québec, art. 1506. Seuls les droits d'inspiration germanique s'en étaient jusqu'ici départis (BGB, §§ 158 et 159 ; ABGB, § 696 ; CO Suisse, art. 151, § 2), avant que leur point de vue ne finisse par convaincre les Pays-Bas (NBW, art. 6:22), puis ne s'infuse jusque dans les Principes du droit européen du contrat (art. 16:103). Quant aux actuels projets de réforme du droit français des obligations, ils sont plus divisés. Certains cèdent à l'influence allemande (Projet de réforme du droit des contrats, Min. Justice, juill. 2008, art. 117), mais d'autres résistent en rappelant à la rétroactivité de la condition (Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, art. 1182).

(21) Puisqu'il est d'autres modalités qui ne rétroagissent pas. Sur la raison qui commande – et non plus seulement autorise – cette rétroactivité, v. *supra*, n° 280, *in limine*, où il a été montré que cette dernière trouve

(suite p. suiv.)

De cette existence, même imparfaite, du contrat conclu sous condition suspensive, il s'infère que la défaillance de l'événement n'entraînera pas l'inexistence de la convention mais seulement sa disparition rétroactive par caducité⁽²³⁾. Pour que l'engagement suspendu soit proprement inexistant, il faudrait que l'élément auquel il s'assujettit ne soit plus

sa cause dans la définition même du contrat, qui demande à s'effacer entièrement, et donc rétroactivement, s'il vient à ne produire aucun effet juridique, de même qu'il requiert, à l'inverse, d'être consolidé *ab ovo* dès lors que, même suspendu, tous ses éléments essentiels se trouvent d'emblée réunis. Rapp. en ce sens F. BIGOT-PRÉAMENEU, présentation au Corps législatif du titre *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, 7 pluv. an XII (in P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, p. 242 ; J.-G. Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. XII, p. 340, n° 65) : « Un contrat, pour être subordonné à une condition, n'en est pas moins un engagement dont la condition n'est qu'une modification. Il est donc juste que son effet remonte au jour où il a été contracté » ; V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 5^e éd., Cotillon, t. IV, 1855, n° 558, p. 441 ; Ch. DEMOLOMBE, *op. cit.* (*supra*, note 19), n° 377, p. 361 ; F. LAURENT, *op. cit.* (*supra*, note 14), n° 78, p. 92 : « d'après les principes comme d'après l'intention des parties contractantes, la convention doit avoir effet du moment où les parties consentent ; or, elles consentent lorsque la convention est contractée, et non lorsque la condition s'accomplit. » ; L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, 2^e éd., G. Pedone-Lauriel, 1885, t. II, art. 1179, n° 9, p. 462 : « le principe, emprunté à la loi romaine, est d'autant mieux fondé aujourd'hui, que les contrats sont parfaits par le seul consentement des parties contractantes, et que cette perfection immédiate et instantanée est une raison de plus pour considérer le temps où ils ont eu lieu. » ; A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 8^e éd., t. II, 1935, n° 400, p. 376 : « Pour la condition suspensive, la rétroactivité s'explique par cette idée que tous les éléments nécessaires à la formation du contrat existant au moment où les parties ont échangé leurs consentements, il est logique de faire remonter à cette date les effets du contrat. » ; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 3^e éd., Sirey, t. II, 1939, n° 742, A, p. 466 : « l'événement mis in conditione est simplement déclaratif des obligations ; celles-ci découlent non de cet événement, mais de la convention elle-même. » ; J.-J. TAISNE, *op. cit.* (*supra*, note 10), n° 276, p. 390 : « En définitive, la rétroactivité de la condition accomplie ne signifie pas autre chose que le retour au régime légal de droit commun auquel il n'est dérogé ni plus qu'il n'est juste, ni plus qu'il n'est nécessaire... À défaut de stipulations plus précises des parties, la réalisation de la condition est censée les satisfaire ; il n'est nul besoin de s'écarter davantage du régime de l'acte "pur et simple". » La rétroactivité de la condition ne fait donc que répondre à la logique juridique, et n'a rien en cela d'une fiction : J.-J. TAISNE, *op. cit.*, nos 271 à 277, pp. 382-392 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.* (*supra*, note 14), n° 84, p. 77.

(22) Les contractants pourraient toujours en disposer autrement et vouloir borner l'effet de la condition au jour où elle se produira. V. par ex. Req., 10 févr. 1925, *S.* 1925, I, p. 61 ; 1^{re} civ., 30 avril 1970, *Bull.*, I, n° 148 ; *JCP* 1971, II, 16674, note L. Mourgeon. Mais elles le feront alors en y adossant un terme suspensif, sans qu'il ne soit semble-t-il possible de procéder autrement. Sur cette analyse, v. déjà R.-J. POTHIER, *Traité des Obligations*, J. Debure, Paris, et V^{te} Rouzeau-Montaut, Orléans, 1774, t. I, n° 237, pp. 99-100, in *Œuvres de Pothier*, par J. Bugnet, t. II, Paris, 1848, p. 112 ; Commission française d'études de l'union législative entre les nations alliées et amies, *Projet de code des obligations et des contrats [commun à la France et à l'Italie]*, 1927, Impr. nat., Paris, 1929, rapp. prél., p. 80 : « En réalité, dans un tel cas, la condition contient aussi implicitement un terme, mais un terme qui se rapporte aux effets de l'obligation et non à sa naissance. », puis « ce n'est pas là une véritable exception à la règle de la rétroactivité, cette règle ne pouvant pas faire que ce qui n'est arrivé qu'à un certain moment, se soit passé antérieurement. » ; et encore J.-M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, 3^e éd., par P. Mousseron, J. Raynard et J.-B. Seube, éd. F. Lefebvre, 2005, n° 306, p. 147 ; ou M. GRIMALDI, « Les donations à terme », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle – Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, pp. 421-436, spéc. p. 426, à propos de la clause de réversibilité d'usufruit. Ce en quoi la rétroactivité de la condition suspensive paraît bien être de son essence et non seulement de sa nature : s'il s'agit de suspendre l'existence d'une obligation déjà née, il faut nécessairement que la condition rétroagisse, sans quoi l'obligation ne serait pas déjà née ou ne serait, selon, suspendue que dans son effet et non dans son existence même. Sans cette rétroactivité, la période précédant la réalisation de la condition ne répondrait plus à la qualification de contrat, faute de produire aucun effet juridique. Les obligations ne seraient plus conditionnelles mais éventuelles, et comme telles proprement inexistantes : v. *infra*, n° 334 et s. Il suffit du reste d'envisager l'hypothèse dans laquelle la condition défailirait pour s'en convaincre : on se retrouverait alors en présence d'un acte entièrement stérile, qui n'aura produit aucun des effets censés naître en un trait de temps à une date qui ne viendra jamais.

(23) Il n'est pourtant pas rare de lire le contraire. V. par ex. 3^e civ., 21 janv. 1971, *Bull.*, III, n° 46, *JCP* 1971, II, 16885, obs. P. Ourliac ; *Defrénois* 1971, p. 507, obs. J.-L. Aubert ; ou encore 26 avril 1978, *Bull.*, III, n° 162, jugeant tous deux dans les mêmes termes que « la condition suspensive insérée au contrat étant opposable [...] sa défaillance rendait inexistante la vente ». Le législateur s'y laisse lui-même prendre : v. ainsi C. pén., art. 132-35 et 132-37, qui réputent « non avenue » la condamnation avec sursis au cas de dépassement du délai de mise à l'épreuve sans nouvelle condamnation, alors que la peine prononcée devient bien plutôt caduque par défaillance de cette condition suspensive.

simplement accidentel mais véritablement essentiel, auquel cas il ne s'agirait plus d'une modalité de l'obligation, et l'existence du contrat, moins que conditionnelle, ne deviendrait plus qu'éventuelle.

§ 2 – L'existence éventuelle du contrat assujetti à un élément essentiel

334. Une condition constitutive – Un élément essentiel du contrat ne forme plus une simple condition suspensive de celui-ci : il en est une véritable condition constitutive, sans laquelle, par définition, le contrat ne saurait être⁽²⁴⁾. Il ne s'agit donc plus ici d'introduire un paramètre extérieur pour en faire une modalité de l'engagement mais, tout au contraire, de priver celui-ci, en son sein, de l'un de ses éléments endogènes. Tout élément essentiel est, en cela, une condition d'existence du contrat définitif (A) qui n'autorisera, en son absence, que la formation immédiate d'un contrat préliminaire (B).

A - L'ÉLÉMENT ESSENTIEL COMME CONDITION D'EXISTENCE DU CONTRAT DÉFINITIF

335. La volonté pour essence – Est essentiel l'élément sans lequel le contrat ne serait pas ce qu'il est, ce qui postule que cet élément participe de la définition même de l'engagement contractuel. D'après le droit commun, cette définition est entièrement entée sur la volonté des parties : elle seule permet d'établir l'existence d'un accord destiné à produire des effets de droit⁽²⁵⁾. Sur ce principe, il est toutefois concédé, le plus souvent au moins, que seraient appelés à se joindre à l'essence du contrat les éléments propres à celui que recherchent spécialement les parties. Qu'elles entendent conclure une vente, et l'existence de la chose comme la détermination de son prix recueilleraient ainsi, autant que la rencontre des volontés, la qualité d'élément essentiel.

Cette dernière opinion mériterait pourtant un autre examen. Car, même objectivés, les éléments constitutifs de tel contrat déterminé trouvent toujours leur source dans la volonté des parties de conclure ce contrat plutôt qu'un autre. Juridiquement, c'est parce qu'il aura été établi que leur intention fut de former une vente que l'on pourra en déduire la nécessité de vérifier l'existence d'une chose et d'un prix. Mieux, on ne conclura même à la qualification de vente qu'à la condition préalable d'avoir relevé que les contractants ont bien eu pour ambition de transférer la propriété d'une chose contre paiement d'un prix⁽²⁶⁾.

(24) Pour la distinction entre condition suspensive et condition constitutive, v. par ex. G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.* (*supra*, note 14), n° 70, p. 63.

(25) V. *supra*, n°s 11 et 12.

(26) C. proc. civ., art. 12, al. 2 : « Il [le juge] doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. » V. not. en ce sens Ph. JESTAZ, (*suite p. suiv.*)

Si l'on s'abstient le plus souvent de cette autre vérification, ce n'est que parce que les parties auront pris le soin de qualifier leur engagement et qu'il n'y aura pas de raison de douter de la justesse de cette qualification. Mais que le doute s'instille, et la nécessité d'en revenir à l'intention réelle des parties fera ressurgir la source volitive dans toute son exclusivité.

Une fois cette intention établie, il apparaît alors clairement que les prétendus éléments essentiels objectivement tirés de la qualification du contrat ne valent pas comme éléments constitutifs de l'accord mais seulement comme conditions de sa validité. La vente qui se heurterait à l'absence actuelle de la chose qui en constitue l'objet ne serait pas inexistante mais nulle, dès lors que les parties auront, par hypothèse, contracté dans l'ignorance de ce vice⁽²⁷⁾. Voir dans cet élément matériel une véritable condition constitutive du contrat suppose de déduire de l'inexistence de la chose, d'une part la connaissance de ce fait par les parties et, d'autre part, leur intention subséquente de ne pas conclure immédiatement la vente, mais tout au plus un accord préliminaire. À cette condition seulement, on pourra reconnaître l'inexistence du contrat définitif. Mais on voit bien alors que l'élément matériel considéré n'est qu'un indice et nullement une cause première, qu'il ne prend l'apparence d'un élément essentiel que par le truchement de la présomption qu'il instaure de la volonté des parties, seule proprement constitutive⁽²⁸⁾.

336. La formation retardée à une condition de validité – S'il est dès lors acquis que, sauf l'hypothèse du contrat réel, le consentement des parties est la seule condition proprement constitutive du contrat, la question se pose néanmoins de savoir si une condition de validité ne pourrait pas valoir elle aussi comme élément essentiel de la convention, étant observé que sa présence est nécessaire à la production des effets recherchés. Si les parties prétendent conclure un accord qu'elles savent ne pouvoir produire aucun effet, peut-on encore affirmer qu'elles forment ce faisant un contrat ?

La réponse à cette question passe semble-t-il par une distinction. Si la condition de validité consiste en une ratification, c'est-à-dire en un acte volontaire émanant d'un tiers et pris sur la foi d'un contrat déjà conclu, elle se délivrera en connaissance de cause, au regard d'une convention déterminée qui pourra faire l'objet d'une appréciation et, par là, d'une validation rétroactive, pour autant du moins que les parties auront prévu d'intégrer cette

« L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, 1985, pp. 273-297, spéc. p. 296 : « À notre avis, l'obligation fondamentale s'identifie au consentement ainsi entendu : consentir à la vente, c'est vouloir la double obligation en sens inverse de transférer et de payer ; or, ces deux obligations sont fondamentales puisque l'absence d'une seule transforme la vente en donation et l'absence des deux supprime tout contrat. Ainsi l'obligation fondamentale se définit comme le consentement réduit à sa plus simple expression, – expression qui permet primo de dire que le contrat existe et secundo de le qualifier. »

(27) V. ainsi L. LAROMBIÈRE, *op. cit.* (*supra*, note 21), t. V, art. 1304, n° 13, p. 290 : « *quels que soient les vices dont il est entaché, quelque visible et flagrante qu'en soit la nullité, un contrat ne pourra être réputé non existant, lorsque les parties l'auront formé dans l'intention de réellement s'obliger.* »

(28) Il est ici entendu que l'on se situe au moment où il s'agit de décider si un contrat a réellement été conclu : c'est à cet endroit que les éléments caractéristiques de tel ou tel contrat particulier servent à révéler la volonté, seule constitutive, des parties. Pour que ces mêmes éléments soient rendus à leur objectivité, il faut en revenir à une analyse théorique effectuée *a priori* : alors seulement on peut dire que la chose et le prix sont des éléments objectivement essentiels de la vente, considérée *in abstracto*. Sur cette autre analyse, v. *infra*, n° 351 et s.

condition de validité comme modalité de leur accord et d'en faire ainsi aussi une condition suspensive. Dans ce cas de figure, donc, et par une interprétation validante consistant à prêter l'effet le plus étendu à la convention des parties, on tendra à reconnaître la formation immédiate d'un contrat conclu sous condition suspensive de validité plutôt que l'inexistence actuelle de tout engagement⁽²⁹⁾.

Mais si en revanche, et comme le plus souvent, la condition de validité s'impose *in abstracto*, soit qu'elle apparaisse matériellement nécessaire, comme il en va chaque fois que le contrat ne peut logiquement produire sans elle aucun effet, soit encore qu'elle tienne à la licéité de l'engagement, il n'est plus possible d'estimer que les parties aient pu vouloir en faire une condition suspensive, faute de tout support pour la rétroactivité naturelle de cette dernière. Ainsi, non seulement la convention passée sur un objet illicite serait instantanément frappée de nullité, mais sa légalisation ultérieure et éventuelle ne suffirait pas à la valider pour le passé, quelles qu'aient pu être les anticipations des contractants en ce sens. Ainsi encore, lorsque la chose à vendre n'existe pas au jour de l'accord, les parties ne devraient pas être admises, contrairement à ce que l'on enseigne pourtant, à conclure immédiatement la vente sous la condition de l'existence future de son objet⁽³⁰⁾, faute pour

(29) Pour la réception de la condition suspensive de validité en tant que notion juridique, v. par ex. G. CORNU, note sous Civ., 8 nov. 1950, *J.* 1951, I, p. 125, qui relève que, en ce cas, « la qualité de condition suspensive vient seulement se superposer, sans l'effacer, à celle de condition de validité ». Rapp. déjà Ch. DEMOLOMBE, *op. cit.* (*supra*, note 19), n° 352 bis, p. 341 : « Il est incontestable que la cession d'un office ministériel est faite sous une condition suspensive ; à savoir : si le cessionnaire est agréé par le Gouvernement et reçoit son investiture ». Et en jurisprudence, v. 3^e civ., 5 avril 1995, *Bull.*, III, n° 101 (*Dr. & Patr.*, août 1995, p. 56, obs. A. Bénabent ; *Defrénois* 1995, p. 1041, obs. Ph. Delebecque ; *D.* 1996, SC, p. 8, obs. O. Tournafond), qui se prononce à propos d'une promesse consentie au nom d'un majeur protégé sous la condition suspensive de l'accord du juge des tutelles. On en trouve même une illustration remarquable en droit positif, aux articles L. 313-10 et L. 341-4 du Code de la consommation, en vertu desquels le cautionnement est valable sous la condition qu'il ne soit plus déséquilibré au jour où la caution est appelée. Le droit allemand n'ignore pas plus le concept, qui qualifie l'acte suspendu à l'approbation d'une tierce autorité d'acte « provisoirement inefficace » (*schwebend unwirksam*), pour en déduire la rétroactivité de l'autorisation ultérieurement obtenue : *BGB*, § 184. *Contra* pourtant, excluant qu'une condition de validité puisse valoir également comme condition suspensive : Ph. MALAURIE, note sous Civ., 1^{re} sect., 22 déc. 1954, *D.* 1955, p. 715 ; Ph. DEROUIN, art. préc. (*supra*, note 10), n° 13, pp. 7-9 ; J.-J. TAISNE, *op. cit.* (*supra*, *ibid.*), nos 364 à 366, pp. 502-504, et art. préc. (*ibid.*), n° 70, p. 16. *Adde* 3^e civ., 18 juin 1974, *Bull.*, III, n° 256 (*Defrénois* 1974, art. 30727, p. 1093, note E. Frank ; *JCP* 1975, II, 17947, note H. Thuillier), qui, pour cette raison, prive de tout effet rétroactif l'autorisation administrative qui conditionnait à peine de nullité la mutation immobilière litigieuse.

(30) Si l'article 1130, alinéa 1^{er}, du Code civil dispose bien que « Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation. », ce ne devrait être qu'en tant que les parties s'obligent d'emblée à former le contrat pour le jour où la chose qui en constitue l'objet existera. Il pourra bien y avoir alors un avant-contrat, dont la validité ne sera cette fois qu'exceptionnellement discutée (C. civ., art. 1130, al. 2 ; C. propr. intell., art. L. 131-1), mais non pas déjà le contrat définitif, dont l'objet demeure pour l'heure impossible. Partout où la loi conçoit des contrats portant sur un objet à venir, ainsi qu'il en va par exemple pour la cession ou le nantissement de créance future, il ne peut jamais s'agir que de promesses de contrat. V. en ce sens R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, A. Rousseau, t. II, 1923, n° 489, pp. 40-41. Dans cette hypothèse précise, la promesse synallagmatique de vente ne vaut donc pas encore vente : la promesse portant sur une chose future existe et oblige dès à présent mais la vente ne se formera quant à elle qu'avec l'apparition de la chose promise. Au contraire du contrat définitif, la promesse n'est pas affectée par l'impossibilité actuelle de cet objet car le sien propre n'est que d'engager le consentement pour un contrat restant à venir et non pas déjà d'exécuter celui-ci. V. *infra*, n° 349, *in fine*.

Il est bien encore une autre façon de valider les engagements portant sur une chose future qui consiste à former un contrat aléatoire. En ce cas, les parties s'engagent immédiatement malgré – ou à cause de – l'aléa, en sorte que la réalisation de l'événement, quel qu'il soit, n'affectera pas l'existence ni la validité de
(suite p. suiv.)

le transfert de propriété de pouvoir jamais opérer pour un temps antérieur à l'existence du bien⁽³¹⁾. Chaque fois que la condition de validité s'impose objectivement, il deviendrait donc possible, sur ce constat, d'y voir un véritable élément essentiel du contrat.

Mais à nouveau ici, cette proposition demande à être révisée. Ce qui rend cet élément proprement essentiel, ce n'est pas qu'il soit nécessaire à la production des effets convenus mais que l'on déduira, de ce fait, que les contractants n'auront pas voulu s'engager en vain. Car, au fond, les parties pourraient toujours vouloir conclure immédiatement le contrat définitif malgré l'impossibilité actuelle de son objet, et ce en particulier si elles ignoraient ce vice : en ce cas, simplement, elles confectionneront un contrat existant mais nul⁽³²⁾. Si bien que, comme précédemment, la condition de validité ne passe pour essentielle que parce qu'elle permet de révéler l'intention réelle des parties, censées ne pas vouloir former un contrat privé du moindre effet. En toute occurrence donc, l'essence du contrat ne réside jamais que dans l'intention des parties qui le constituent.

C'est ce raisonnement qui explique que l'article 1585 du Code civil retarde la perfection de la vente à la mesure à l'opération de pesée ou de dénombrement par laquelle la chose vendue sera individualisée. Avant cette opération, la vente serait nulle comme portant sur une chose future, et comme telle encore incréée, de sorte que la loi ne fait que présumer que les consentements ne s'exprimeront définitivement, même tacitement, qu'à l'instant où surgira la chose objet du contrat⁽³³⁾. Et c'est peut-être la même logique qui est à l'œuvre à l'article 1592 pour que celui-ci dispose qu'« *il n'y a point de vente* » si le tiers à qui a été confiée l'estimation du prix n'exécute pas sa mission⁽³⁴⁾. Le Code présumerait ainsi que les parties seraient réputées avoir voulu retarder leur accord définitif à la détermination du prix par le tiers estimateur⁽³⁵⁾.

l'engagement. Mais alors, précisément pour cette raison, le contrat ne sera plus conditionnel : il existera purement et simplement, puisqu'il est alors acquis qu'il produira un effet, dont seule la mesure reste inconnue.

(31) Le fait que cette existence future soit certaine n'y changerait rien : une condition matériellement nécessaire ne peut pas s'inscrire au contrat comme simple modalité, et donc pas plus comme terme que comme condition. On peut bien retarder le transfert de propriété lorsqu'il était possible de le réaliser *solo consensu*, mais on ne le diffère pas lorsqu'il n'était pas envisageable plus tôt : en ce cas, c'est la vente elle-même que l'on ajourne, et celle qui serait conclue immédiatement sous un tel terme suspensif serait parfaitement nulle. En quoi la vente à terme de l'article 1601-2 du Code civil constitue une pure aberration, qui désigne comme terme l'achèvement de l'immeuble vendu, en faisant de surcroît rétroagir le transfert de propriété à une époque où le bâtiment n'existait pas encore...

(32) Le seul effet d'une telle convention sera de donner licence pour inférer du silence conservé par les parties leur volonté maintenue de former la vente au jour où elle deviendra possible. Sur le principe de cette formation différée du contrat, v. *supra*, n° 240, spéc. note 942. Et si vraiment les protagonistes ont voulu s'engager sans délai, alors ils auront conclu une promesse de contrat et non déjà le contrat définitif.

(33) V. en même sens CA Rennes, 25 juin 1969, *Gaz. Pal.* 1966, II, p. 201 ; *RTD civ.* 1969, p. 801, obs. G. Cornu, décidant que la vente d'un lot de poules pondeuses ne devient parfaite qu'au jour où les poulettes, encore inaptes à la ponte, atteignent cet état. *Contra*, à propos de la concession de l'exploitation d'une carrière, que la jurisprudence analyse comme une vente de meubles par anticipation, v. les arrêts cités *infra*, note 216.

(34) Raisonnement suivi par la Cour de cassation : v. par ex. 1^{re} civ., 24 nov. 1965, *Bull.*, I, n° 651 (*JCP* 1966, II, 14602, note G. Durry ; *RTD civ.* 1966, p. 310, obs. G. Cornu), qui juge que « *lorsqu'il est convenu que le prix sera évalué par des experts désignés par les parties, la vente n'existe pas tant que la détermination du prix n'est pas faite* ».

(35) Alors même cette fois que la solution ne s'impose pourtant pas : les parties ont fort bien pu vouloir vendre immédiatement contre un prix restant à déterminer. S'il n'est pas sûr qu'il le soit jamais, alors la vente
(suite p. suiv.)

337. L'inexistence actuelle de l'engagement éventuel – La condition constitutive du contrat n'est plus une simple modalité de celui-ci. Tant qu'elle n'est pas réalisée, le contrat n'est pas seulement formé sous condition : il ne l'est pas du tout. Moins que conditionnel, celui-ci n'est encore qu'éventuel⁽³⁶⁾, et pour l'heure donc proprement inexistant⁽³⁷⁾.

L'hypothèse vise ainsi tout contrat qui, dans l'esprit des parties⁽³⁸⁾, serait incomplet, encore en négociation, ou qui se heurterait à l'absence d'une condition de validité dont on déduira la même intention des contractants de retarder leur engagement. Si la convention portant sur une chose future doit, dans l'attente de cette condition de validité, être réputée inexistante, c'est bien pour éviter la nullité qui, sinon, l'affecterait immanquablement⁽³⁹⁾.

sera simplement soumise à une condition suspensive de validité, et elle disparaîtra par caducité après avoir connu une existence éphémère. Sur cette autre possibilité, v. *supra*, eod. num., in *limine*. V. par ex. F. TAULIER, *Théorie raisonnée du Code civil*, Prudhomme, Grenoble, t. VI, 1847, p. 26 : « *Le prix peut être laissé à l'arbitrage d'un tiers (art. 1592, Cod. civ.). La vente est alors subordonnée à la condition suspensive de l'estimation à faire.* » Comp. la solution applicable aux cessions de droits sociaux pour lesquelles l'article 1843-4 du Code civil confère au juge le pouvoir de désigner un expert au cas de défaillance de celui choisi par les parties : cette détermination future mais certaine du prix de cession rend celle-ci parfaite, valable et inconditionnelle dès l'accord des parties. V. en ce sens Com., 30 nov. 2004, *Bull.*, IV, n° 210 ; D. 2005, pan, p. 2954, obs. J.-C. Hallouin et E. Lamazerolles ; *Deffrénois* 2005, p. 890, obs. H. Hovasse.

(36) Pour cette qualification du contrat privé de l'un de ses éléments essentiels, v. not. H. EYGOUT, *op. cit.* (*supra*, note 10), n° 87, pp. 78-79, pour qui la démarcation entre contrat conditionnel et contrat éventuel passe très exactement entre l'absence d'un élément accidentel ajouté par les parties et celle d'un élément essentiel imposé par la loi ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Introduction générale à l'étude du droit*, 2^e éd., Sirey, 1972, n° 165, p. 298 : « *Le droit conditionnel est un droit qui réunit déjà toutes les conditions qui pourraient le rendre parfait, mais auquel a été surajoutée une modalité, la condition. Au contraire le droit éventuel est un droit encore imparfait, en formation et qui ne réunit pas toutes les composantes nécessaires à son existence* » ; puis *Les obligations*, t. II, préc. (*supra*, note 14), n° 79, p. 71 : « *Cette différence tient au fait le sort du droit éventuel dépend de la réalisation d'un élément essentiel à son existence tandis que celui du droit conditionnel dépend d'une modalité, la condition, surajoutée à un droit qui aurait en lui-même tous les éléments de nature à le rendre parfait.* » ; J. CARBONNIER, *loc. cit.* (*supra*, note 17) ; J.-J. TAISNE, *op. cit.* (*supra*, note 10), n° 135, pp. 196-197, puis n° 253, p. 355 : « *le droit positif se refuse à confondre la condition suspensive véritable avec les éléments légalement requis pour la formation de l'acte, quand bien même les parties subordonneraient leur accord à la survenance de l'un de ces éléments. Lorsqu'une telle stipulation n'est pas nulle, le droit positif entend bien marquer que l'acte définitif n'est pas encore constitué : il demeure "éventuel" par opposition à l'acte conditionnel qui réunit déjà tous les éléments légalement nécessaires à sa formation.* » ; et encore *id. aut.*, art. préc. (*supra*, *ibid.*), n° 84, p. 18 ; E. PUTMAN, *La formation des créances*, th. Aix-Marseille, 1987, n° 358.

Contra, assimilant le droit éventuel à un droit conditionnel : A. LELOUTRE, art. préc. (*supra*, note 18), pp. 241-243 ; J.-M. VERDIER, *op. cit.* (*supra*, *ibid.*), n° 221 et s., p. 185 et s. ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.* (*supra*, note 14), nos 1031 à 1033, p. 1087.

(37) V. par ex. Req., 21 juin 1880, DP 1881, I, p. 108 ; S. 1881, I, p. 297, à propos d'une « *prétendue transaction [...] restée à l'état de simple projet, faute de consentement de l'une des parties* ». Qualifiant d'inexistant le contrat encore éventuel, v. par ex. J.-J. TAISNE, *op. cit.* (*supra*, note 10), n° 251, p. 352 : « *L'acte envisagé, par hypothèse, n'existe pas, faute de l'un de ses éléments constitutifs* ».

(38) Ce qui implique de réserver le cas dans lequel les contractants auraient spécialement fait de la réitération de la volonté un agrément donné à un contrat déjà formé plutôt qu'un consentement à un contrat restant à conclure. Sur la réserve d'agrément, distinguée de la réserve de non-engagement, v. *supra*, nos 158 et 206. Et sur la qualification d'un tel contrat comme un accord conclu sous condition purement potestative, néanmoins valable, v. *supra*, n° 290, spéc. note 198.

(39) Pour l'inexistence du contrat portant sur une chose encore elle-même inexistante, v. R. DEMOGUE, « *Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance* », *RTD civ.* 1905, pp. 723-791, spéc. pp. 730-737, qui fait exactement de la vente d'une chose future un contrat éventuel plutôt que conditionnel ; J.-M. VERDIER, *op. cit.* (*supra*, note 18), nos 40 à 52, pp. 36-45 ; R. FILDERMAN, *op. cit.* (*supra*, note 11), n° 85, pp. 76-77, à propos de la vente à la mesure. Rapp. pour la vente de la chose d'autrui conclue en connaissance de cause, que certains auteurs assimilent à une vente de chose future : J.-M. VERDIER, *op. cit.*, nos 53 à 56, pp. 46-49 ; J.-J. TAISNE, *op. cit.* (*supra*, note 10), n° 252, p. 354.

L'inexistence a vocation à sanctionner de la sorte les contrats à l'objet ou à la cause impossible ou illicite dès lors que ce vice n'aura pas été ignoré des contractants. Puisque, selon le droit commun, le contrat serait nul, on présume, pour autant qu'on le puisse raisonnablement, que les parties auront spécialement différé leur consentement et, par là, la formation du contrat⁽⁴⁰⁾.

Sans même l'entremise d'aucune condition de validité, l'hypothèse du contrat collectif suffit à laisser voir comment la reconnaissance de l'existence d'un contrat se joue parfois sur une interprétation subtile de la volonté des parties. Selon en effet que ce contrat sera réputé conclu entre les deux premiers candidats, mais affecté alors d'une condition suspensive tenant dans le consentement des suivants, ou que l'on retardera au contraire la formation du contrat à l'acceptation de tous ou d'un certain nombre d'entre eux, on n'en déduira pas les mêmes conséquences. Dans le premier cas, l'engagement sera d'emblée contracté, même sous condition, et empêchera à ce titre ses adhérents de se rétracter ; dans le second, le contrat ne se formera en un trait de temps qu'au terme de la procédure collective de passation, laissant les précédents souscripteurs libres de leur volonté jusqu'au jour du dernier consentement requis. Dans un cas, les adhésions supplémentaires n'apparaissent que comme accidentelles à un contrat déjà conclu ; dans l'autre, elles sont toutes, là dernière autant que la première, constitutives de l'engagement⁽⁴¹⁾.

De cette inexistance actuelle de l'engagement encore éventuel il résulte que ce dernier ne fait naître aucun droit : l'éventualité, à la différence du droit conditionnel, n'est pas transmissible en tant que telle, et elle n'a pas non plus vocation, une fois confortée, à rétroagir, ni au jour de l'apparition du premier élément constitutif ni à celui de l'avant-dernier⁽⁴²⁾. Les parties pourraient toujours prévoir de reporter les effets de leur accord pour un temps qui l'aura précédé, mais ni plus ni moins que pour toute autre convention, et cette rétroactivité relèverait alors d'une pure fiction juridique, loin de la logique qui fonde la rétroactivité de la condition suspensive⁽⁴³⁾. Une telle stipulation est d'ailleurs susceptible de

(40) C'est bien en cela que cette cause d'inexistence ressortit au droit spécial plus qu'au droit commun des contrats : en cette hypothèse, la nullité va au droit commun, l'inexistence au droit spécial.

(41) Retenant semble-t-il cette dernière analyse, à propos de l'obligation faite par l'article 1836, alinéa 2, du Code civil de recueillir le consentement de tous les associés pour décider d'une augmentation de leurs engagements, v. Com., 13 nov. 2003, *Bull.*, IV, n° 171 (*D.* 2004, SC, p. 2033, obs. B. Thullier), qui juge que la résolution prise sans le consentement unanime des associés autorise celui ayant émis même un vote favorable à en poursuivre la nullité absolue, sanction que l'on sait confondue en jurisprudence à l'inexistence. Et déjà, de façon plus explicite 3^e civ., 20 févr. 1979, *Bull.*, III, n° 39 (*D.* 1979, SC, p. 249 ; *RTD civ.* 1981, p. 663, obs. J. Patarin), qui approuve la cour d'appel d'avoir décidé « qu'à défaut d'accord de tous les coindivisaires sur le prix, le contrat de vente n'avait pu se former ».

(42) V. en ce sens L. JOSSERAND, *op. cit.* (*supra*, note 21), t. I, 1937, n° 113, p. 91, qui estime qu'une telle rétroactivité « ne trouverait aucune prise puisque les conditions nécessaires à l'existence même de l'acte n'étaient point réunies ». Et encore J.-J. TAISNE, *op. cit.* (*supra*, note 10), n° 276, p. 387. *Contra*, assimilant le régime de l'obligation éventuelle à celui de l'obligation conditionnelle : R. DEMOGUE, « De la nature et des effets du droit éventuel », *RTD civ.* 1906, pp. 231-319, spéc. pp. 281-282 et 304 ; R. FILDERMAN, *op. cit.* (*supra*, note 11), n° 44, p. 50. Rapp. égal. J.-M. VERDIER, *op. cit.* (*supra*, note 18), nos 260 à 366, pp. 213-292, qui, en limitant à la fois la rétroactivité nécessaire de la condition et la non-rétroactivité naturelle de l'éventualité, parvient à en faire se chevaucher les effets dans leur plus large part.

(43) Sur laquelle, v. *supra*, n° 333, spéc. note 21.

demeurer inefficace si le consentement a été jusqu'alors différé en raison d'une condition de validité restée défailante, les contractants n'étant pas autorisés à faire produire un effet à leur convention pour un temps où elle aurait été illégale ou autrement impossible.

Pour autant, le droit éventuel n'est pas tout à fait qu'une simple expectative : parce qu'il réunit certains des éléments constitutifs d'une prérogative juridiquement reconnue, le droit objectif pourra l'identifier à l'occasion en tant que tel. Ainsi, parce que le droit éventuel est déjà, un peu plus que rien, un droit en formation, on estime parfois qu'il suffirait à justifier certaines mesures conservatoires⁽⁴⁴⁾, et l'on sait au demeurant que le Code civil autorisait expressément, jusqu'à il y a peu, à inscrire une hypothèque en garantie d'un droit éventuel⁽⁴⁵⁾. Au contraire donc de la simple expectative qui, pure espérance, demeure totalement étrangère au droit, l'éventualité aurait une existence juridique propre, qui ne se confond pas à celle du droit constitué, que celui-ci soit définitivement acquis ou encore même conditionnel.

Pratiquement, la question se pose alors de déterminer le nombre d'éléments constitutifs devant être réunis pour faire de la simple espérance une éventualité juridique. La réponse la plus exacte consiste probablement à affirmer que le droit objectif ne pourrait appréhender que les intérêts qui, encore non juridiquement incarnés, se trouvent néanmoins à sa périphérie immédiate, et de qualifier par conséquent d'éventualité ceux auxquels ne manqueraient qu'un seul élément constitutif pour devenir droit subjectif⁽⁴⁶⁾. Lorsque la source de ce droit est conventionnelle la réponse ne laisse de toute façon aucune place au doute, le seul élément constitutif tenant alors dans la volonté des parties. Tout droit contractuel pourrait être ainsi tenu pour éventuel dès lors que l'un des deux consentements aura déjà été exprimé, ou qu'un premier accord, même non contraignant, aura vu le jour : l'éventualité du contrat naît à l'inauguration de sa négociation⁽⁴⁷⁾. Il pourra d'ailleurs fréquemment arriver que cette inexistence actuelle du contrat encore éventuel prête carrière à l'existence d'un autre contrat, préliminaire à l'accord définitif⁽⁴⁸⁾.

(44) V. en ce sens R. DEMOGUE, « De la nature et des effets du droit éventuel », préc. (*supra*, note 42), pp. 282-285, qui va jusqu'à défendre l'idée que l'on puisse agir *in futurum* en protection d'un droit éventuel. *Contra*, à propos du droit des héritiers présomptifs sur la succession : M. PLANIOL, *op. cit.* (*supra*, note 18), t. II, 1923, n° 652, pp. 215-216.

(45) V. *supra*, n° 332, *in fine*.

(46) V. not. sur ce point P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, pp. 417-418.

(47) Peu importe donc que les éléments matériellement nécessaires à l'efficacité d'un contrat soient d'ores et déjà réunis si personne n'a eu pour l'heure l'intention d'en faire l'objet d'un accord. La simple existence d'un bien ne suffit pas à rendre éventuel le droit de propriété d'un acheteur potentiel si ni lui ni le propriétaire actuel n'ont déclaré leur intention. Et si même l'un ou l'autre avait eu une volonté muette en ce sens, il ne se serait agi que d'une simple expectative. V. en ce sens encore, R. DEMOGUE, « De la nature et des effets du droit éventuel », préc. (*supra*, note 42), p. 232.

(48) Tout contrat précédé d'un avant-contrat est ainsi, par hypothèse, un contrat éventuel : v. E. LEDUC, *Des avant-contrats*, th. Paris, 1909, pp. 41-42.

B - L'HYPOTHÈSE DE LA FORMATION IMMÉDIATE D'UN CONTRAT PRÉLIMINAIRE

338. L'articulation du contrat préliminaire avec le contrat définitif – Tous les avant-contrats, quelle que soit leur espèce, ont pour effet, sinon pour objet même, de retarder l'expression définitive des consentements et, par là, l'existence de l'accord final. Qualifier un contrat de préliminaire c'est nécessairement constater en cela l'inexistence du contrat définitif. Si le projet aboutit, il y aura alors eu au moins deux conventions, et le ou les accords ayant ponctué ce processus de formation disparaîtront par réalisation de leur objet commun. Si en revanche le projet échoue, ces mêmes contrats préliminaires disparaîtront par caducité, du fait d'un objet devenu impossible⁽⁴⁹⁾. En toute hypothèse donc, leur existence propre n'est pas discutée : elle n'importe ici que parce qu'elle exclut celle, encore future et éventuelle, du contrat envisagé.

Dans leur espèce, les contrats préliminaires se divisent en fonction de deux objets bien distincts. Le premier consistera à fixer les termes actuels de la négociation sans obliger les parties à autre chose qu'à s'en tenir aux éléments ainsi convenus (1). Un autre objet serait alors de chercher, par cet accord préliminaire, à forcer d'ores et déjà les parties à tendre vers la conclusion du contrat définitif (2).

1. L'avant-contrat pour servir à la fixation des termes de la négociation

339. Du cadre au contenu – Lorsqu'il a pour seul objet de régler la phase des pourparlers, l'avant-contrat dispose de deux moyens, selon qu'il se contente de délimiter le cadre de l'accord projeté (a) ou qu'il commence même à en déterminer le contenu (b).

a. La délimitation du cadre

340. L'accord de négociation – Chronologiquement, le premier des avant-contrats se donnera pour objet d'organiser la phase des pourparlers avant même que de préparer au contrat lui-même. Pour cette raison, ces contrats préliminaires peuvent être dits accords de négociation⁽⁵⁰⁾, cette expression rendant meilleur compte de leur portée que les

(49) Pour cette sanction, v. par ex. J. GHESTIN, note sous Com., 27 avril et 5 nov. 1971, *D.* 1972, p. 359, *in fine*, à propos du contrat-cadre de distribution non suivi des ventes censées intervenir en application ; ou encore I. NAJJAR, « L'accord de principe », *D.* 1991, chr., pp. 57-67, spéc. p. 66, au sujet de l'accord de principe non suivi de la conclusion du contrat définitif. V. égal. 3^e civ., 12 oct. 1994, pourvoi n° 92-18759 ; *Defrénois* 1995, p. 738, obs. D. Mazeaud, qui applique cette sanction à un avant-contrat de vente non identifié.

(50) V. par ex. J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat*, F. Lefebvre, 2001, n° 444, p. 268, qui, sous la qualification de contrat de négociation, écrivent qu'« il s'agit très exactement d'envisager une négociation et d'en prévoir, organiser, gérer les modalités. », tout en estimant cependant par la suite qu'une telle convention obligerait nécessairement, en outre, à poursuivre la négociation. Retenant égal. la qualification d'accord de négociation, v. J. GHESTIN, « La responsabilité contractuelle pour rupture des pourparlers », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, pp. 455-465, nos 13 et 14, pp. 462-463.

qualifications de contrats temporaires, contrats provisoires ou encore intérimaires⁽⁵¹⁾. Car, s'il est bien vrai que la plupart des stipulations de ces accords ont vocation à trouver un terme extinctif dans la conclusion ou l'échec des pourparlers, il n'en demeure pas moins que certaines d'entre elles pourront parfaitement survivre au-delà de ce terme. Qualifier dès lors de provisoire ou de temporaire un accord destiné à soumettre les parties à une obligation de confidentialité sans limitation de durée pourra sembler assez peu approprié.

Le cadre ainsi défini par l'accord de négociation peut aussi bien être spatial, que temporel ou personnel, selon que l'on y désignera les lieux de réunion qui accueilleront les discussions, que l'on y fixera le calendrier des pourparlers, ou que l'on nommera les représentants chargés des tractations. Mais, le plus souvent, la délimitation du cadre de la négociation sera avant tout matérielle, et il pourra s'agir alors de circonscrire le champ de la négociation en en excluant en particulier certains points jugés non négociables⁽⁵²⁾ ; de répartir d'emblée les frais qu'engendreront les pourparlers ; de prévoir la réalisation d'études préalables ; de conclure un accord d'exclusivité interdisant toute négociation parallèle avec un tiers sur un même objet (*lock out agreement*) ou, sous une forme atténuée, une clause de révélation de négociation concurrente ; de convenir d'une obligation de révélation d'informations entre parties à la négociation, autant que d'une obligation de confidentialité envers les tiers ; de fixer les pénalités éventuellement dues en cas de rupture des pourparlers ; etc.

341. Le contrat-cadre – À la différence de l'accord de négociation, le contrat-cadre ne porte plus sur les pourparlers préalables au contrat définitif mais bien sur ce dernier, dont il s'agit de définir dès à présent le contexte, à défaut d'en fixer le texte même⁽⁵³⁾. Pratiquement, l'intérêt de cet avant-contrat est de contractualiser le cadre d'une relation d'affaires qui appellera, pour prospérer, la conclusion d'une succession de contrats particuliers. Ceux-ci consistent fréquemment en une série de ventes de biens de

(51) Pour la qualification de contrats temporaires, v. ainsi J.-M. MOUSSERON, « La durée dans la formation des contrats », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, Aix-Marseille, 1974, pp. 509-524, spéc. p. 516 ; ou encore B. LASSALLE, « Les pourparlers », *RRJ* 1994, pp. 825-863, spéc. pp. 835-836. À tout prendre, l'acceptation que donnait DEMOGUE du contrat provisoire était plus exacte, qui visait par là tout contrat assorti d'une période d'essai : R. DEMOGUE, « Des contrats provisoires », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, pp. 159-169.

(52) Au sens strict, c'est l'hypothèse que recouvre le *pactum de contrahendo* en droit international public.

(53) On en trouve une définition in *Le contrat-cadre*, vol. 1, *Exploration comparative*, dir. A. Sayag, CREDA, Litec, 1994, p. 79 : « le contrat-cadre est un contrat dont la réalisation de l'objet – pour laquelle les contractants se sont d'ores et déjà engagés – implique la conclusion, le plus souvent entre les mêmes parties, de contrats d'application dont il fixe certaines modalités. » L'énoncé convainc, sous une réserve : on peut conclure un contrat-cadre sans s'engager à conclure les contrats d'application. V. en ce sens M. S. ZAKI, « Le formalisme conventionnel – Illustration de la notion de contrat-cadre », *RIDC* 1986, pp. 1043-1096, spéc. n^{os} 58 à 98, pp. 1064-1079 ; J. GATSI, *Le contrat-cadre*, th. Paris V, 1995, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 273, 1996, n^{os} 14 à 75, pp. 17-53. Rapp. F. POLLAUD-DULIAN et A. RONZANO, « Le contrat-cadre, par delà les paradoxes », *RTD com.* 1996, pp. 179-210, n^o 24, p. 192 : « Aussi, puisqu'il s'agit là de mettre en lumière les caractéristiques propres à la catégorie des contrats-cadres, semblerait-il plus conforme à la réalité de parler à leur propos de nécessité de contracter, plutôt que d'obligation : le contrat-cadre implique économiquement la conclusion de contrats d'application, plus qu'il n'y oblige juridiquement de façon systématique. » Tout au plus déduira-t-on de cet avant-contrat, le plus souvent au moins, une obligation de conduire des négociations en ce sens.

production, ainsi passées en exécution d'un contrat de fourniture, lequel peut prendre la forme d'un contrat de distribution s'il est également fait obligation à l'acheteur de revendre ces biens dans son propre réseau, d'un contrat de concession s'il est organisé une exclusivité réciproque de fourniture et d'approvisionnement sur un territoire donné, ou encore, à un degré de complexité toujours plus élevé, d'un contrat de franchisage si l'accord s'accompagne en outre du transfert du savoir-faire associé à une enseigne et de l'obligation pour le distributeur d'en respecter les codes⁽⁵⁴⁾.

En définissant ainsi l'environnement contractuel de conventions restant à conclure, le contrat-cadre tend souvent à en imposer aussi certaines de leurs modalités. Mais, en soi, cette stipulation des conditions du contrat futur, encore inexistant, n'est pas nécessaire à la validité du contrat-cadre⁽⁵⁵⁾. De sorte que si la détermination du cadre du contrat définitif n'est jamais exclusive de celle de son contenu, c'est à un autre titre que le contrat préliminaire s'y attachera alors.

b. La détermination du contenu

342. L'accord partiel – Instrument de ponctuation contractuelle⁽⁵⁶⁾, l'accord partiel a pour objet d'enregistrer et de fixer les étapes de la négociation en contractualisant d'emblée certaines des stipulations du contrat discuté. Pour valoir en tant que tel, et faire ainsi

(54) Sur ces contrats, v. *infra*, n° 375, pour le franchisage, et n° 385, pour les autres contrats de distribution. Et pour leur analyse en tant que contrats-cadres, v. *Le contrat-cadre*, vol. 2, *La distribution*, dir. A. Sayag, CREDA, Litec, 1994 ; *Le contrat-cadre de distribution – Enjeux et perspectives*, colloque Cour d'appel de Paris, 11 et 12 déc. 1996, *Cab. dr. entr.* 1997, n° 3/4, spéc. J.-M. MOUSSERON, propos conclusif, p. 72 : « Lorsque nous parlons de concession commerciale, nous parlons de contrat-cadre ; lorsque nous parlons d'accord producteur-distributeur, nous parlons de contrat-cadre ; lorsque nous parlons de franchise, neuf fois sur dix, nous parlons de contrat-cadre. »

(55) Il en résulte que la fixation unilatérale du prix des ventes restant à conclure n'est pas plus une cause de nullité du contrat-cadre, ce pouvoir n'étant jamais autre chose que celui qui appartient à tout vendeur de fixer son prix de vente, à charge pour l'acquéreur de l'accepter ou non. Si l'on doit contrôler l'exercice de cette faculté par le fournisseur, ce n'est donc pas en tant qu'elle intervient en application d'un contrat-cadre, mais parce que le distributeur serait susceptible de ne pas pouvoir s'y opposer, soit qu'il fût tenu par une clause d'exclusivité, soit même qu'il y aura déjà, plus qu'un contrat-cadre, un seul et unique accord à exécution successive. Si bien que c'est finalement pour ces cas particuliers que le revirement opéré le 1^{er} décembre 1995 par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation peut véritablement valoir comme tel : Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, quatre arrêts, *Bull.*, AP, n°s 7 à 9 (*Rapp.*, p. 290 ; *PA* 27 déc. 1995, n° 155, p. 11, note D. Bureau et N. Molfessis ; *CCC* 1996, étude n° 1, « Indétermination du prix : le revirement et sa portée », par L. Leveneur ; *D.* 1996, p. 18, note L. Aynès ; *JCP* 1996, II, 22565, note J. Ghestin ; *Defrénois* 1996, p. 747, obs. Ph. Delebecque), qui valident, sous réserve de contrôler l'abus dans la fixation du prix, des contrats-cadres de location-entretien et de franchisage par lesquels le fournisseur s'était accordé le pouvoir de fixer unilatéralement le tarif de prestations à venir, aux dépens d'un partenaire tenu par une clause d'exclusivité. Les décisions rendues à la suite de ce revirement confortent cette analyse, qui en appliquent le principe, non plus seulement à l'hypothèse d'un contrat-cadre assorti d'une obligation d'exclusivité, mais au cas même d'un contrat unique à exécution successive. V. ainsi Com., 9 juill. 1996, *Bull.*, IV, n° 205 (*Rapp.*, p. 307 ; *JCP* 1996, II, 22721, note J. Stoufflet ; *CCC* 1996, n° 182, 2^e arrêt, note L. Leveneur ; *RTD com.* 1996, p. 699, obs. M. Cabrillac ; *Defrénois* 1996, p. 1363, obs. Ph. Delebecque), au sujet d'un emprunt dont le taux d'intérêts variait en cours de remboursement en fonction du taux de base du prêteur ; Com., 17 juill. 2001, *Bull.*, IV, n° 142 (*Defrénois* 2001, p. 1425, obs. Ph. Delebecque), à propos du montant resté indéterminé de l'indemnité due au cas de remboursement anticipé du prêt.

(56) Sur laquelle v. not. A. RIEG, « La "ponctuation" – Contribution à l'étude de la formation successive du contrat », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, Aix-Marseille, 1974, pp. 593-607, d'après le concept allemand de *punktion*, et la racine latine commune *punctatio*.

obstacle à l'existence du contrat définitif, l'accord partiel doit donc laisser en suspens un ou plusieurs éléments essentiels de la convention à venir, c'est-à-dire autant de questions déterminantes du consentement de l'une au moins des parties⁽⁵⁷⁾. À défaut, le contrat préliminaire qui réunirait tous les éléments nécessaires à la formation du contrat définitif courrait le risque de se confondre d'ores et déjà avec lui⁽⁵⁸⁾.

L'accord partiel peut se constituer de deux façons différentes, selon que l'acceptation se donne totalement à une offre qui ne porte en elle que quelques uns des éléments constitutifs de la convention envisagée, ou que, à l'inverse, elle n'adhère que de façon incomplète à une offre qui était assez précise pour former immédiatement le contrat définitif. En ce dernier cas cependant, on vérifiera que l'intention du pollicitant fut bien de permettre cette adhésion partielle et de s'obliger, ce faisant, à s'en tenir pour la suite des pourparlers aux clauses qui auront été choisies par l'acceptant⁽⁵⁹⁾.

Car là réside bien l'intérêt de l'accord partiel : en interdisant à l'une et l'autre des parties de prendre argument d'un désaccord sur les éléments déjà convenus pour se soustraire à la négociation en cours, il rend systématiquement fautive la rupture ainsi motivée et permet d'engager à ce seul titre la responsabilité contractuelle de celui qui aura été ainsi confondu. S'il n'oblige pas, en soi, à poursuivre les pourparlers⁽⁶⁰⁾, on voit qu'il n'y a pas loin entre l'engagement de s'en tenir à la négociation passée et celui de la mener jusqu'à son terme.

343. Le protocole d'accord – Au sens premier, un protocole est un acte formulaire que l'on appose au devant d'un autre afin de l'authentifier ou d'en annoncer le contenu⁽⁶¹⁾. La pratique nomme ainsi protocole d'accord l'acte qui consigne l'ensemble des conditions convenues d'un contrat restant à conclure⁽⁶²⁾. Il s'agit en somme du projet de contrat dans sa forme la plus aboutie.

(57) V. par ex. Civ., 1^{re} sect., 26 nov. 1962, *D.* 1963, p. 61 ; *RTD civ.* 1963, p. 364, obs. G. Cornu.

(58) V. en ce sens J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « La période précontractuelle en droit français », *RIDC* 1990, pp. 545-566, spéc. p. 562 : « L'accord partiel fragment d'un contrat définitif unique vaut conclusion de celui-ci, s'il porte sur tous les éléments pouvant être qualifiés d'essentiels. » ; B. LASSALLE, art. préc. (*supra*, note 51), p. 834. Écartant ainsi, pour cette raison, la qualification d'accord partiel au profit du contrat définitif : Req., 1^{er} déc. 1885, *S.* 1887, I, p. 167 ; *Les grands arrêts jur. civ.*, 12^e éd., par F. Terré et Y. Lequette, t. II, Dalloz, 2008, n° 257 ; Com., 28 févr. 2006, pourvoi n° 04-14719 ; *RJDA* 2006, n° 742 ; *RTD civ.* 2006, p. 755, obs. J. Mestre et B. Fages. Comp. Com., 28 avril 1987, *Bull.*, IV, n° 104, qui approuve la cour d'appel d'avoir écarté la qualification d'accord partiel pour celle de promesse de société après avoir relevé que l'accord disputé renfermait l'ensemble des conditions essentielles à cette dernière.

(59) Sur ce point, v. déjà *supra*, n° 208.

(60) V. not. Req., 12 nov. 1889, *DP* 1890, I, p. 33 ; et CA Paris, 15 févr. 1927, *DP* 1928, II, p. 158. V. égal. J. GHESTIN, *Les obligations – La formation du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 1993, n° 345, p. 319.

(61) Du gr. *prôto-kollon*, ce qui est collé en premier. Historiquement, le *protocollum* consistait ainsi en une page ajoutée au devant d'un acte public et sur laquelle on en traçait le sommaire afin d'en garantir l'authenticité et l'intégrité. Par extension, le mot a trouvé à s'appliquer par la suite au recueil des divers formes, gestes et préséances à respecter dans l'exécution des cérémonies officielles et qui servait à en définir aussi, en quelque sorte, le sommaire. C'est encore en ce dernier sens que l'on parle aujourd'hui de protocole opératoire pour servir à régler les gestes du chirurgien, ou de protocole scientifique lorsqu'il s'agit de garantir la probité des expériences menées en laboratoire.

(62) Dans des termes peut-être mieux choisis, s'ils étaient précisément employés, les juristes anglo-saxons désignent chacune des étapes de la négociation par les expressions *memorandum of intent*, *memorandum of understanding*, et finalement *memorandum of agreement*, qui seul constitue le protocole d'accord au sens strict.
(suite p. suiv.)

L'hypothèse suppose pour être admise de reconnaître que les parties puissent s'entendre sur la totalité des termes du contrat définitif tout en demeurant néanmoins libre de sa formation. Toute la difficulté consiste alors à vérifier que le protocole demeure bien encore préliminaire et ne se confond pas déjà entièrement au contrat définitif⁽⁶³⁾. Pour s'en assurer, il faudra veiller à ce que les parties aient clairement manifesté leur intention de réitérer leur consentement avant que de se trouver obligées par les termes de leur accord⁽⁶⁴⁾.

Il sera indifférent, en revanche, de savoir si cette réitération du consentement a été conçue comme le plein exercice de la liberté contractuelle ou convenue, au contraire, comme devant constituer l'objet d'une obligation : dans tous les cas, la nécessité de cette réitération suffira à assurer au protocole sa réalité, et au contrat définitif son inexistence⁽⁶⁵⁾. Simplement, la stipulation d'une telle obligation conférerait une nature nouvelle au contrat préliminaire : plutôt que de se contenter de fixer les termes d'une négociation désormais achevée, l'avant-contrat se donnerait à présent pour but de conduire la marche forcée vers la conclusion du contrat définitif.

2. L'avant-contrat pour conduire la marche forcée vers la conclusion

344. Du principe à la promesse – Il est deux moyens pour un avant-contrat de contraindre les parties à tendre vers la formation du contrat projeté : soit il se contente de mettre à leur charge une obligation personnelle d'agir en ce sens, soit il renferme d'ores et déjà leur consentement irrévocable. Dans le premier cas, le contrat préliminaire s'analyse comme un accord de principe (a) ; dans le second, l'engagement répond à la qualification de promesse de contrat (b).

a. L'accord de principe

345. Le principe de la négociation – S'accorder sur le principe de quelque chose dépendant de la volonté des parties implique l'obligation pour celles-ci d'en provoquer

En France, on rencontre aussi en matière de vente immobilière la qualification de « *compromis de vente* », lequel n'est au fond rien d'autre qu'un protocole d'accord, éventuellement assorti d'une obligation de réitérer son consentement. Mais cette autre expression est cette fois nettement moins heureuse, qui semble laisser entendre que l'accord viendrait résoudre une négociation que l'on aurait nécessairement vécue comme conflictuelle, et qui paraît vouloir faire du notaire un arbitre plutôt qu'un témoin.

(63) Sur ce risque, v. par ex. J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *op. cit.* (*supra*, note 50), nos 411 et 412, pp. 246-248.

(64) Ce à quoi sert précisément la mention « *subject to contract* » que l'on trouve dans les accords préliminaires conclus en langue anglaise.

(65) V. encore dern. 3^e civ., 19 juin 2012, pourvois n° 10-22906 et 10-24222, RDC 2013, p. 53, obs. E. Savaux, qui, rappelant que « *les parties peuvent décider que la réitération de l'acte en la forme authentique est un élément constitutif de leur consentement et non une simple modalité d'exécution de la vente* », censure l'arrêt d'appel qui avait accueilli l'action en exécution forcée de la vente pour cette raison que « *le consentement des parties, condition essentielle du contrat, ne peut être érigé en condition suspensive, n'est pas requis au stade de l'exécution du contrat et est donné au moment de la signature du compromis constatant l'accord des parties sur la chose et le prix* ».

l'occurrence : d'accord sur le principe, elles ne demeurent libres que des modalités de sa réalisation. L'accord de principe qui porte sur la négociation elle-même a donc pour objet de contraindre les contractants à cette négociation en faisant naître sur leur tête une obligation d'engager des pourparlers ou, selon le moment de l'accord, de les poursuivre. Telle est l'hypothèse que vise précisément l'expression anglaise *contract to negotiate*.

Lorsque l'on parle, en France, d'accord de principe, c'est du reste généralement cette seule hypothèse que l'on envisage⁽⁶⁶⁾. On en trouve un exemple dans le cas de la vente subordonnée à la nomination conjointe par les parties d'un tiers chargé d'en fixer le prix : dans ce cas de figure en effet, aucune vente ne sera formée avant que le tiers estimateur ne soit désigné par un nouvel accord, sous peine de conclure une vente nulle pour indétermination du prix, et les contractants s'obligeront, à tout le moins, à poursuivre leurs tractations en vue de s'entendre sur l'identité de l'expert⁽⁶⁷⁾.

L'intérêt d'un tel accord sur le principe de la négociation est, non pas tant d'empêcher tout à fait la rupture des pourparlers, puisque l'on ne peut forcer absolument ces derniers sans nier la liberté contractuelle qui s'y exprime⁽⁶⁸⁾, mais de rendre une telle rupture

(66) V. ainsi Soc., 19 déc. 1989, *Bull.*, V, n° 721 (*Dr. social* 1990, p. 149, rapp. Ph. Waquet ; *D.* 1991, p. 62, note J. Schmidt-Szalewski ; *RTD civ.* 1991, p. 330, obs. J. Mestre), qui juge que l'accord litigieux ne constituant qu'un accord de principe, les parties n'avaient contracté qu'une obligation de négocier qui n'emportait aucune obligation de résultat ; CA Paris, 19 mai 1992, *SA Les Nouveaux Constructeurs c. Zeus et autres* (cité par J. Ghestin, *op. cit.* (*supra*, note 60), n° 344, p. 317, note 134), selon quel arrêt « l'accord de principe se définit comme le contrat par lequel les parties s'obligent à engager ou à poursuivre de bonne foi la négociation des conditions d'un contrat futur » ; Com., 2 juill. 2002, pourvoi n° 00-13459 (*RTD civ.* 2003, p. 76, obs. J. Mestre et B. Fages), qui se prononce au sujet d'« un accord de principe obligeant seulement la banque à poursuivre, de bonne foi, les négociations entreprises ». Rapp. égal. l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, art. 1104-1 : « Les parties peuvent, par un accord de principe, s'engager à négocier ultérieurement un contrat dont les éléments sont à déterminer, et à concourir de bonne foi à leur détermination. » Et chez les auteurs : COHÉRIER, *Des obligations naissant des pourparlers*, th. Paris, 1939, p. 163 ; J.-Ch. SERNA, *Le refus de contracter*, th. Paris, 1965, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 76, 1967, p. 206 ; J.-M. MOUSSERON, art. préc. (*supra*, note 51), p. 513 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, 13^e éd., Sirey, 2008, n° 149, p. 118 ; J. CEDRAS, « L'obligation de négocier », *RTD com.* 1985, pp. 265-290, n° 11, pp. 275-276 ; M. GENINET-RIBETTE, *Théorie générale des avant-contrats en droit privé*, th. Paris II, 1985, n° 359 et s., pp. 311-317 ; J. GHESTIN, *op. cit.* (*supra*, note 60), n° 344, p. 316 ; L. ROZÈS, « Projets et accords de principe », in *La négociation du contrat*, colloque Univ. sc. soc. Toulouse, 19 mai 1998, *RTD com.* 1998, pp. 501-510, n°s 11 à 14, pp. 506-508 ; B. DE CONINCK, « Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles », in *Le processus de formation du contrat*, dir. M. Fontaine, Bibl. Fac. dr. Univ. cath. Louvain, t. XXXV, Bruylant / LGDJ, 2002, pp. 17-137, n°s 36 à 38, pp. 43-46.

(67) V. par ex. 1^{re} civ., 16 mai 1984, *Bull.*, I, n° 164, qui approuve une cour d'appel d'avoir refusé de nommer à la place des parties l'expert auquel celles-ci avaient projeté de soumettre la détermination du prix de leur vente. Sur cet exemple, v. égal. J.-Ch. SERNA, *op. cit.*, (*supra*, note préc.), p. 211.

(68) Toute obligation à caractère purement personnel ne se résout qu'en dommages-intérêts (C. civ., art. 1142). Sur la nature incoercible de l'obligation de négocier, la doctrine paraît à peu près unanime : A. RIEG, art. préc. (*supra*, note 56), p. 605 ; J. GHESTIN, *op. cit.* (*supra*, note 60), n° 344, pp. 317-318 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.* (*supra*, note 18), n° 464, p. 238 ; B. NUYTEN et L. LESAGE, « La formation du contrat », in *Le contrat – Liberté contractuelle et sécurité juridique*, 94^e Congrès des notaires de France, Lyon, 17-20 mai 1998, CEE, Paris, 1998, pp. 13-236, spéc. n° 1060, p. 37 ; J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « Les accords précontractuels en droit français », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, pp. 9-16, spéc. pp. 15-16, puis « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats », *RTD civ.* 2000, pp. 25-46, spéc. p. 32 ; J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *op. cit.* (*supra*, note 50), n°s 466 et 467, p. 281 ; L. GAREIL-SUTTER, in *J.-Cl. Contrats – Distribution*, fasc. 25, « Période précontractuelle – Effets », 2005, n° 108, p. 17 ; O. BARRET, « Variations autour du refus de contracter », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit – Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, pp. 3-24, spéc. n° 17, p. 15. Ainsi jugé du reste par la Cour de cassation que la déclaration d'un

systématiquement fautive, à la charge du défectionnaire d'établir un juste motif pour échapper à la responsabilité contractuelle qui, à défaut, lui incomberait de plein droit⁽⁶⁹⁾.

346. Le principe du contrat – Plus que d'obliger à négocier, l'accord de principe peut aussi contraindre à consentir au contrat définitif. En cette autre hypothèse, on sera alors en présence d'une promesse, non pas déjà de contrat, mais de consentement : celui-ci est encore attendu, et n'est donc pas d'emblée déclaré, mais il sera fait obligation aux parties ou à l'une d'elles de le donner⁽⁷⁰⁾. C'est le *contract to contract*, ou *agreement to agree*, du droit anglais. Les lettres d'intention contiennent souvent elles-mêmes, sous une forme unilatérale, de tels engagements⁽⁷¹⁾.

Sans doute, en s'engageant à conclure la convention sans s'être d'ores et déjà entendues sur toutes ses modalités, les parties s'obligeront-elles nécessairement aussi à poursuivre leur négociation pour aboutir à cette fin⁽⁷²⁾. Mais cette autre obligation ne serait plus ici qu'accessoire à celle, principale, de former le contrat. Les intéressés pourraient du reste fort bien s'engager à conclure le contrat après en avoir défini l'intégralité des termes au sein d'un protocole d'accord⁽⁷³⁾.

L'obligation ainsi contractée de réitérer son consentement s'analyse très certainement en une obligation de résultat, à la différence de l'obligation de moyens que constitue l'engagement de négocier⁽⁷⁴⁾. Le caractère contraignant de cette réitération tendrait même à laisser présumer qu'il s'agirait là d'un terme suspensif à un contrat d'ores et déjà conclu

employeur, qualifiée d'« *accord de principe* », n'autorisait pas la cour d'appel à forcer la conclusion du contrat de travail envisagé dans cet accord : Soc., 24 mars 1958, *Régie Renault*, *Bull.*, IV, n° 452 ; *JCP* 1958, II, 10868, note Ph. Malaurie ; *RTD civ.* 1958, p. 624, obs. J. Carbonnier.

(69) Quant à la mesure de ces dommages-intérêts, ils peuvent être positifs puisqu'ils sont justement destinés à réparer la perte d'une chance d'obtenir le bénéfice attendu du contrat définitif. La Cour de cassation se prononce ici en ce sens (3^e civ., 16 avril 1973, *Bull.*, III, n° 287 ; Com., 22 mai 1979, *Bull.*, IV, n° 169 ; *D.* 1980, SC, p. 217, obs. Ph. Vasseur), contrairement donc à ce qu'elle décide au cas de rupture de pourparlers non précédée d'un engagement contractuel de négocier (v. *supra*, n° 249, note 1040).

(70) Pour cette acception de l'accord de principe, v. semble-t-il I. NAJJAR, art. préc. (*supra*, note 49). On a ainsi pu dire avec justesse que « *L'accord de principe est un contrat « en état futur d'achèvement* » : B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, th. Paris II, 1991, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 234, 1995, p. 569. La jurisprudence s'attache elle-même à distinguer l'accord de principe du consentement définitif de la banque au contrat de prêt sollicité lorsqu'il s'agit de vérifier la réalisation de la condition suspensive prévue à l'article L. 312-16 du Code de la consommation : 3^e civ., 30 avril 1997, *Bull.*, III, n° 95 ; 7 nov. 2007, deux arrêts, *Bull.*, III, n°s 199 et 200 ; *RDC* 2008, p. 356, obs. D. Fenouillet.

(71) Même s'il en est beaucoup d'autres : pour la lettre d'intention émise en garantie de l'exécution d'un tiers, v. C. civ., art. 2322 ; et pour la lettre d'intention n'engageant que sur l'honneur, v. *supra*, n° 269, spéc. note 63.

(72) Sur ce double effet de l'accord de principe, v. not. la définition qu'en donne le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant : « *Entente initiale engageant ses partenaires à concourir de bonne foi à l'élaboration d'un contrat dont les conditions sont à déterminer mais dont la conclusion future est arrêtée dès l'origine, de telle sorte qu'ils ne peuvent librement s'en dépendre.* » La Cour de cassation a déjà eu ainsi l'occasion de reconnaître l'existence d'un accord sur le principe d'un contrat en l'absence d'un de ses éléments essentiels, restant à convenir : Com., 9 juin 1980, *Bull.*, IV, n° 251 ; 3^e civ., 27 nov. 1984, *Bull.*, III, n° 200 ; Com., 15 nov. 1994, *Bull.*, IV, n° 334 ; *Deffrénois* 1995, p. 1045, obs. D. Mazeaud. Et pour l'obligation corrélatrice faite aux parties de convenir des éléments restés en discussion : Civ., 1^{re} sect., 8 oct. 1963, *Bull.*, I, n° 41 ; Com., 21 janv. 2004, pourvoi n° 99-20898.

(73) V. *supra*, n° 343.

(74) En ce sens : J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « La force obligatoire à l'épreuve des avant-contrats », préc. (*supra*, note 68), *ead. loc.*

plutôt que d'un consentement constitutif d'un nouveau contrat⁽⁷⁵⁾. Renverser ici cette présomption implique donc d'établir que la nouvelle déclaration de volonté, même contrainte, valait bien comme telle et non comme simple acte d'exécution d'un contrat déjà parfait⁽⁷⁶⁾. Ainsi rendu à son autonomie, le consentement convenu impose de laisser une place à la liberté contractuelle et ne saurait, sauf à être nié, faire l'objet d'une exécution forcée : le manquement du débiteur ouvrira droit à réparation du préjudice causé au cocontractant qui aura perdu le bénéfice attendu du contrat et en aucun cas à la formation judiciaire de ce dernier⁽⁷⁷⁾.

347. Le pacte de préférence – Un accord de principe, qu'il porte sur le principe du contrat ou sur celui de simples négociations préalables, peut fort bien n'obliger que l'une des parties et le faire encore sous condition. Il en ira ainsi chaque fois que l'accord fera peser sur l'un des contractants l'obligation future d'engager des pourparlers voire de soumettre une offre ferme pour le cas où un événement déterminé viendrait à se réaliser. Que cet événement tienne dans la simple décision du débiteur de contracter et le pacte de préférence sera constitué, lequel ne s'analyserait finalement pas autrement que comme un accord de principe conclu sous condition potestative⁽⁷⁸⁾.

(75) Sur cette présomption, v. *supra*, n° 280, *in medio*. Si la jurisprudence fait de la rédaction de l'acte notarié le terme suspensif du transfert de propriété de l'immeuble plutôt que l'instrument de la conclusion d'un nouvel accord, c'est bien parce qu'elle voit dans cet acte la réalisation d'une formalité de publicité plutôt que la réitération du consentement des parties.

(76) V. par ex. 3^e civ., 17 juill. 1997, pourvoi n° 95-20064 (*D.* 1999, SC, p. 11, 2^e esp., obs. Ph. Brun ; *Defrénois* 1998, p. 339, obs. D. Mazeaud), qui relève pour écarter l'existence de la vente définitive que « *les parties ne faisaient mention que d'une vente au jour de la signature de l'acte authentique et de simples intentions de vendre et d'acquérir* ».

(77) Et ce préjudice ne tient plus seulement ici dans la perte d'une chance de conclure le contrat : cette conclusion était d'ores et déjà certaine dès lors qu'il n'y manquait rien d'autre qu'un consentement devenu obligatoire. Les dommages-intérêts, positifs, s'élèveront donc à la totalité, et non à une partie, du bénéfice escompté, net du coût réciproquement évité.

(78) La condition serait très certainement potestative en effet puisque consistant en une pure réitération du consentement. V. en ce sens J.-P. DESIDERI, *La préférence dans les relations contractuelles*, th. Aix-Marseille III, 1997, PUAM, 1998, n°s 569 à 574, pp. 402-405. Mais quelle que soit la conception que l'on adopte, cette potestativité ne menace pas la validité du pacte. Si l'on y voit, selon l'analyse ici proposée, un accord de principe conclu sous une condition suspensive tenant dans une nouvelle déclaration du débiteur, on validera cet accord comme on l'a admis pour toute autre convention conclue sous condition potestative, dès lors que les contractants n'auront pas ignoré, par hypothèse, l'existence du pouvoir du débiteur (v. *supra*, n° 290, *in medio*). Et si l'on s'attache, selon une seconde analyse, à défendre l'idée que la condition ne subordonnerait pas tant l'existence du pacte que celle de l'obligation future de contracter ou de négocier, la solution s'impose plus certainement encore, puisque le nouveau consentement ne serait plus alors constitutif de l'accord préliminaire mais tout au plus, et le cas échéant, du contrat définitif. Le pacte se conclurait inconditionnellement car son objet ne serait pas la formation du contrat définitif, ni l'engagement de pourparlers, mais une préférence accordée au bénéficiaire pour le cas où le débiteur se déciderait finalement à conclure le contrat envisagé. Le promettant se trouverait d'ores et déjà lié par le pacte en ce qu'il aura accepté de contraindre sa liberté contractuelle quant au choix de son cocontractant. Pour cette autre acception, v. par ex. S. VALORY, « Autonomie et potestativité du pacte de préférence », *Dr. & Patr.*, déc. 2001, pp. 38-43, spéc. p. 39 : « *le pacte de préférence n'est pas un contrat conditionnel – il produit d'ailleurs des effets dès sa formation –, de sorte que tout grief de potestativité au sens de l'article 1174 doit être écarté.* » ; D. R. MARTIN, « Des promesses précontractuelles », in *Droit et actualité – Études offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, pp. 487-498, spéc. n° 14, p. 494. En somme, le pacte de préférence constituerait selon cet autre point de vue un contrat aléatoire plutôt que conditionnel.

Le jour où le promettant se décide à former le contrat envisagé dans le pacte de préférence, l'accord de principe produit son effet : tenu de se tourner d'abord vers le bénéficiaire du pacte, il devra prévenir les tiers avec lesquels il serait entré en discussion qu'il ne pourra leur présenter une offre ni consentir à celles qui lui seront faites sans les déférer d'abord à l'acceptation du premier⁽⁷⁹⁾. Et s'il leur soumet d'emblée une proposition, ce ne pourra jamais être que sous la condition suspensive du non-exercice par le bénéficiaire de son droit de préemption. Quant au pacte qui ne ferait obligation que d'entamer avec lui des pourparlers, il interdirait toujours au promettant de proposer à d'autres des conditions plus favorables que celles qui auront été discutées au cours de cette négociation préjudicielle⁽⁸⁰⁾.

Comme tout droit personnel, la préférence ainsi conférée par le pacte est susceptible de faire le lit d'une collusion frauduleuse entre le promettant et le tiers cocontractant qui en aurait connu l'existence⁽⁸¹⁾, auquel cas l'inopposabilité érigée pour sanction de la fraude autorisera le bénéficiaire à demander sa substitution dans les droits contractuels de ce tiers⁽⁸²⁾. Si le pacte faisait obligation de soumettre la même offre, la substitution s'impose naturellement, dès lors que les conditions contractuelles du contrat envisagé auraient précisément été celles formant la matière du contrat conclu avec le tiers. Mais même s'il n'a été prescrit qu'une obligation de négociation préalable, à l'issue toujours incertaine,

(79) Ce que la pratique désigne sous le terme de *clause de premier refus*, dans le premier cas, et de *clause d'offre concurrente*, dans le second : v. M. FONTAINE, « Les clauses d'offre concurrente, du client le plus favorisé et la clause de premier refus dans les contrats internationaux », *DPCI* 1978, p. 189 ; J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *op. cit.* (*supra*, note 50), n° 495, p. 295 ; W. DROSS, *Clauser – Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Litec, 2008, v° Préférence, p. 402.

(80) Pour un examen plus particulier de la portée du pacte de préférence sur l'offre émise en contravention, v. *supra*, n° 166.

(81) Cette connaissance de l'existence du droit du bénéficiaire suffit à constituer le tiers en fraude. Il est excessif d'exiger que celui-ci ait su, de surcroît, que le créancier avait l'intention de se prévaloir de son droit, ainsi que ainsi le décide pourtant la Cour de cassation, depuis Ch. mixte, 26 mai 2006, *Bull.*, CM, n° 4 (D. 2006, p. 1861, notes P.-Y. Gautier et D. Mainguy ; *RTD civ.* 2006, p. 550, obs. J. Mestre et B. Fages ; *JCP* 2006, I, 176, n° 1, obs. F. Labarthe, et II, 10142, note F. Labarthe ; *Defrénois* 2006, p. 1207, obs. E. Savaux ; *RDC* 2006, p. 1080, obs. D. Mazeaud, et p. 1131, obs. F. Collart Dutilleul), qui pose le principe : « si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir ». Considérant la quasi-impossibilité matérielle de rapporter cette dernière preuve, la substitution n'a été jamais été, depuis lors, prononcée qu'une seule fois : 3^e civ., 14 févr. 2007, *Bull.*, III, n° 29 (D. 2007, p. 2444, note J. Théron ; *RTD civ.* 2007, p. 366, obs. P.-Y. Gautier, et p. 768, obs. B. Fages ; *RDC* 2007, p. 701, obs. D. Mazeaud), dans des circonstances suffisamment particulières pour que la volonté du tiers bénéficiaire au pacte ait été spécialement consignée par le notaire dans l'acte d'acquisition critiqué. On jugerait mieux de reconnaître que la seule connaissance de l'existence d'un droit oblige tout un chacun à ne pas y porter atteinte, et que c'est à celui convaincu de fraude de prouver que le titulaire y avait renoncé, non à celui-ci d'établir qu'il entendait l'exercer. Au créancier victime de prouver que le tiers n'ignorait pas l'existence de son droit ; à cet autre de légitimer son fait en démontrant qu'il avait de justes raisons de croire en l'intention du bénéficiaire de ne pas l'exercer. En choisissant de ne pas répartir cette charge probatoire pour la faire peser en totalité sur la victime de la fraude, la jurisprudence ne fait rien moins, en son état, que présumer la renonciation du créancier à son droit. En somme, chacun serait désormais autorisé à considérer que nul n'est censé vouloir poursuivre le recouvrement de sa créance...

(82) V. Com., 7 mars 1989, *Bull.*, IV, n° 79 ; et décisions préc. (*supra*, note préc.). V. égal. en législation, C. rur., art. L. 412-10, au cas de méconnaissance par le bailleur du droit de préemption de l'exploitant agricole sur le fonds aliéné.

la même solution se justifie encore, au moins par présomption cette fois : on peut raisonnablement estimer en effet que, sauf éléments contraires restant à rapporter, la négociation du promettant avec son créancier aurait abouti au même résultat que celle conduite avec un autre.

Le pacte de préférence pourrait d'ailleurs prendre encore une autre forme, plus exceptionnelle celle-là, et la substitution se justifier d'autant plus alors, si la condition potestative devait s'attacher non plus seulement à un accord de principe mais, toujours plus avant vers la formation du contrat définitif, à une promesse de contrat.

b. La promesse de contrat

348. La promesse unilatérale – Au sens strict, une promesse de contrat n'est pas n'importe quelle promesse de conclure un contrat mais celle qui engage déjà définitivement le consentement contractuel de son auteur. On ne la confond plus aujourd'hui avec la simple offre de contracter⁽⁸³⁾, et il y aurait lieu pour la même raison de mieux la distinguer que ne le fait la jurisprudence de l'accord de principe⁽⁸⁴⁾. Alors que celui-ci constituait sur le promettant une obligation personnelle de réitérer sa volition contractuelle et s'analysait pour cette raison comme une promesse de consentement, la promesse de contrat consigne

(83) V. ainsi R.-J. POTHIER, *op. cit.* (*supra*, note 22), n° 3, p. 4 : « il n'y a que les promesses que nous faisons avec l'intention de nous engager, et d'accorder à celui à qui nous les faisons, le droit d'en exiger l'accomplissement, qui forment un contrat et une convention. » ; puis n° 4, p. 5 : « Le contrat renferme le concours des volontés de deux personnes dont l'une promet quelque chose à l'autre, et l'autre accepte la promesse qui lui est faite. – La pollicitation est la promesse qui n'est pas encore acceptée par celui à qui elle est faite : Pollicitatio est solius offerantis promissum ».

(84) V. 3^e civ., 15 déc. 1993, deux arrêts, *Bull.*, III, n° 174, et pourvoi n° 91-14999 (*D.* 1994, SC, p. 507, obs. O. Tournafond, et *D.* 1995, SC, p. 230, obs. L. Aynès ; *JCP* 1995, II, 22366, note. D. Mazeaud ; *Defrénois* 1994, p. 795, obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 1994, p. 588, obs. J. Mestre), dont il s'évince que le promettant ne serait tenu que d'une obligation personnelle de maintenir le consentement exprimé dans la promesse. En même sens depuis : 3^e civ., 28 oct. 2003, pourvoi n° 02-14459 ; *RDC* 2004, p. 270, obs. D. Mazeaud ; et 27 mars 2008, pourvoi n° 07-11721 ; *JCP* 2008, II, 10147, note. G. Pillet ; *RTD civ.* 2008, p. 475, obs. B. Fages ; *D.* 2008, pan., p. 2973, obs. S. Amrani Mekki ; *RDC* 2008, p. 734, obs. D. Mazeaud, et p. 1239, 1^{re} esp., obs. F. Collart Dutilleul ; *RDC* 2009, p. 143, obs. Ph. Brun. Faut-il au moins se réjouir que, dans sa constance, la Cour de cassation ne fasse guère publicité de ses décisions, ou y déceler même la ténuité de sa conviction ? Comp. depuis : 3^e civ., 11 mai 2011, pourvoi n° 10-12875 ; *D.* 2011, p. 1457, note D. Mazeaud, et p. 1460, note D. Mainguy ; puis Com., 13 sept. 2011, pourvoi n° 10-19526, *Bull.*, qui renoncent à cette explication, et à toute autre, pour se contenter d'affirmer que « la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant exclu[t] toute rencontre des volontés ».

Pour la jurisprudence antérieure, et contraire, v. par ex. Req., 18 mars 1912, *S.* 1913, I, p. 11 ; *DP* 1913, I, p. 198. Rapp. égal. 3^e civ., 30 nov. 1971, *JCP* 1972, II, 17018 ; puis 7 janv. 1982, pourvoi n° 80-14396, *RTD civ.* 1982, p. 600, obs. F. Chabas, qui jugent tous deux la vente formée par la levée de l'option du bénéficiaire peu important que l'on ne puisse constater la persistance du consentement du promettant du fait de l'affaiblissement de ses facultés mentales. Curieusement, cette solution traditionnelle a récemment resurgi, sans que les motifs avancés par la Cour de cassation suffisent à l'expliquer : 3^e civ., 6 sept. 2011, pourvoi n° 10-20362.

Sur ce point, l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription remis au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005 se propose de revenir à une solution plus orthodoxe. V. ainsi art. 1106, al. 2, proj. : « La rétractation du promettant pendant le temps laissé au bénéficiaire pour exprimer son consentement ne peut empêcher la formation du contrat promis. »

d'ores et déjà l'adhésion définitive et irrévocable du promettant, dont on n'attend plus aucune manifestation de volonté⁽⁸⁵⁾.

Et puisque le consentement est acquis, il ne peut l'être que pour un contrat dont la substance est entièrement déterminée au jour de la promesse. Ce qui explique que le pacte de préférence se forme plus souvent au moyen d'un simple accord de principe qu'à la faveur d'une promesse de contrat conditionnelle, qui priverait le débiteur de la liberté de fixer ses conditions le jour où il déciderait de conclure le contrat envisagé⁽⁸⁶⁾.

Du point de vue du bénéficiaire, la promesse de contrat, même conditionnelle, a cependant pour intérêt de renforcer considérablement la portée de son droit, en même temps que d'alléger corrélativement la charge de la preuve qui lui incombe. Le promettant ayant déjà donné son consentement au contrat se trouve dorénavant privé de la faculté de le conclure avec un autre, de sorte que celui qu'il chercherait néanmoins à former en méconnaissance de sa promesse ne ferait pas que porter atteinte aux droits du bénéficiaire : la conclusion de ce contrat serait juridiquement impossible comme supposant de faire usage d'une liberté dont le promettant ne dispose plus pour l'avoir déjà aliénée. Il n'est donc plus question ici de devoir établir l'existence d'une collusion frauduleuse pour conclure à l'inopposabilité du contrat conclu en violation de la promesse : il suffit au bénéficiaire de se prévaloir de l'engagement du promettant pour que l'on en déduise la nullité de l'offre émise en contravention et, par là, l'inexistence de la convention passée sur le même objet avec un tiers. À charge pour ce dernier d'établir son ignorance légitime en vue de faire prévaloir malgré tout son accord, par exception alors, sur le fondement de l'apparence⁽⁸⁷⁾.

349. La promesse synallagmatique – À la lisière du contrat définitif, enfin, la promesse synallagmatique de contrat constitue le contrat préliminaire ultime. La distance qui l'en sépare est parfois même si ténue que la promesse risquera de s'y confondre tout à fait. Lorsque, en effet, l'une et l'autre partie expriment d'emblée une volonté conjointe et irrévocable de former le contrat définitif, cette convention pourrait fort bien, *ipso jure*, constituer déjà ce dernier.

Et, de fait, c'est bien le sens que l'on prête aujourd'hui à l'article 1589, alinéa 1^{er}, du Code civil : en énonçant que « *La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement*

(85) Sur la différence entre la promesse de contrat et l'accord de principe, v. not. M. GENINET-RIBETTE, *op. cit.* (*supra*, note 66), n° 364, p. 315. Et sur celle qui la sépare d'un contrat conclu sous condition potestative, v. *supra*, n° 290, spéc. note 196. Quant à la justification du caractère irrévocable de la promesse de contrat, v. *supra*, n° 166, *in medio*.

(86) Rappr. 1^{re} civ., 6 juin 2001, *Bull.*, I, n° 166, qui pose en principe « *qu'il n'est pas dans la nature du pacte de préférence de prédéterminer le prix du contrat envisagé* ».

(87) Sur la théorie de l'apparence, v. *supra*, n° 229 et s. Et pour la logique qui préside à l'inexistence du contrat conclu avec un tiers en méconnaissance de la promesse, v. *supra*, n° 166 et s. Comp. l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dir. P. Catala, Doc. fr., 2006, art. 1106-1, al. 3, qui, sanctionnant indifféremment le pacte de préférence comme une promesse unilatérale conditionnelle, mêle deux logiques inconciliables : « *Le contrat conclu avec un tiers est inopposable au bénéficiaire de la préférence, sous réserve des effets attachés aux règles assurant la protection des tiers de bonne foi.* »

réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix. », cette disposition ne serait censée viser que la promesse synallagmatique, laquelle se confondrait ainsi nécessairement à la vente elle-même⁽⁸⁸⁾. À l'origine pourtant, la portée de la formule était tout autre, et si sa signification n'a jamais été parfaitement univoque⁽⁸⁹⁾, il est certain en revanche que rien n'autorisait à opérer ici une distinction que la loi ne fait pas.

Une première interprétation eût consisté à comprendre l'article 1589 comme rappelant à la formation consensuelle du contrat de vente. Acquis en France dès le XIV^e siècle, le principe consensualiste a toujours souffert en effet de la complication entretenue en la matière par la nécessité de requérir la forme notariée pour faire la preuve de toute mutation immobilière, et de la difficulté à distinguer parfois, jusque chez les meilleurs auteurs, le droit non prouvé du droit dépourvu d'effet. Cette disposition n'aurait ainsi fait, à s'en tenir à cette première lecture, que réaffirmer la règle en vertu de laquelle la convention nue suffit à contraindre les parties à constituer l'acte notarié. On relèvera à son soutien que le terme de promesse souffrait alors d'une certaine ambiguïté, employé aussi bien pour désigner le simple consentement au contrat que, comme aujourd'hui, l'engagement contractuel préliminaire⁽⁹⁰⁾, de sorte que l'on ne peut pas tout à fait exclure à cet endroit que les rédacteurs ne l'eussent pas entendu à leur tour comme visant la seule volonté déclarée de contracter.

(88) Cette réduction du domaine de l'article 1589 aux seules promesses synallagmatiques de vente semble être bien ancrée en jurisprudence. V. par ex. Civ., 9 août 1848, *S.* 1848, I, p. 615 ; 20 juill. 1862, *S.* 1962, I, p. 705 ; 26 mars 1884, *DP* 1884, I, 403 ; *S.* 1886, I, p. 341 ; Com., 24 avril 1981, *Bull.*, IV, n° 184 ; 3^e civ., 11 juin 1992, *Bull.*, III, n° 206 ; 8 nov. 1995, *Bull.*, III, n° 230. Mais elle l'est plus encore en doctrine : Ph.-A. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e éd., Garnery & Roret, t. XXIII, 1827, v° Vente, § VII, art. V, p. 503, pour qui une promesse unilatérale serait de toute façon nulle ; J.-B. DUVERGIER, sur Ch. Toullier, *Le droit civil français*, 5^e éd., J. Renouard, t. XVI, *De la vente*, 1835, n° 122, p. 125 ; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, 4^e éd., C. Thorel et Guilbert, 1844, t. XVI, n° 48, p. 58 ; Ch. AUBRY et Ch. RAU, *op. cit.* (*supra*, note 10), § 349, pp. 332-333, spéc. note 9 ; L. GUILLOUARD, *Traité de la vente et de l'échange*, 3^e éd., A. Pedone, t. I, 1902, n° 84, pp. 100-101 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de droit civil*, dir. G. Baudry-Lacantinerie, 3^e éd., L. Larose et L. Tenin, t. XIX, *De la vente et de l'échange*, 1908, n° 58, p. 40 ; J. DESCHAMPS, *De la promesse de contrat*, th. Paris, 1914, pp. 9-14 ; H. BOYER, *Des promesses unilatérales de vente d'immeubles*, th. Toulouse, 1931, p. 35 ; P. DELOMEZ, *Des promesses unilatérales de ventes d'immeubles*, th. Lille, 1947, p. 47 ; Y. LOUSSOUARN, *Le transfert de propriété par l'effet des contrats*, Cours de droit civil, Les Cours de droit, Paris, 1969-1970, pp. 55-69 ; J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd., LGDJ, 1996, n° 11517, p. 440 ; A. BÉNABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 8^e éd., Montchrestien, 2008, n° 151, p. 77.

(89) Pour une illustration particulièrement symptomatique des tergiversations auxquelles a donné lieu l'interprétation de cet article, v. les longs et obscurs développements qu'y consacre R.-Th. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, t. V, *De la vente*, 5^e éd., H. Plon, 1856, t. I, art. 1589, nos 114 à 134, pp. 137-165.

(90) V. par ex. R.-J. POTHIER, *loc. cit.* (*supra*, note 83). De là la controverse qui courait à l'époque sur la question de savoir si vouloir vendre revenait à vendre. V. encore du même, *Traité du contrat de vente*, J. Debure, Paris, 1772, n° 33, in *Œuvres de Pothier*, par J. Bugnet, t. III, Paris, 1847, pp. 14-15, qui estime pour sa part que « vouloir vendre est la même chose que vendre » ; et la remarque de BUGNET, note 1, p. 15 : « C'est peut-être en considération de cette interprétation que les rédacteurs du Code ont dit dans l'art. 1589 : « La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix. » Sur l'ambiguïté sémantique de la promesse comme source des malentendus entretenus sur la signification de l'article 1589, v. F. COLLART DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, th. Tours, 1983, Sirey, 1988, n° 126, p. 69.

Il n'est pas moins possible cependant que l'article 1589 ait eu, selon une autre interprétation, pour objet d'asseoir la préférence des rédacteurs, non pas seulement pour la nature consensuelle de la formation de la vente, mais pour celle même de son effet translatif. Cet article viendrait se joindre en cela à d'autres dispositions du même Code dont la redondance attesterait l'importance du choix ainsi opéré⁽⁹¹⁾. L'inscription de la maxime *Promesse de vente vaut vente* au sein du Code réformateur aurait signifié de la sorte que le consentement, ou simple promesse, suffit à opérer le transfert de propriété, c'est-à-dire la vente, sans condition de mise en possession préalable. Il en serait en particulier résulté que, pour résoudre une autre controverse de l'époque, le vendeur aurait dorénavant pu être forcé à la délivrance du bien transmis et non pas être simplement condamné à payer des dommages-intérêts⁽⁹²⁾.

Mais la signification la plus probable de la règle est encore ailleurs. Car, si la promesse a parfois été confondue avec le simple consentement au contrat, les auteurs l'en ont aussi parfaitement distinguée en d'autres occasions. Depuis DUMOULIN au moins, on trouve chez les jurisconsultes de l'Ancien droit une différence clairement établie entre la promesse convenue de conclure un contrat et ce contrat lui-même⁽⁹³⁾, et FERRIÈRE comme BOURJON,

(91) V. not. C. civ., art. 938, 1138, 1583 et 1703.

(92) Par ce choix, les rédacteurs tranchèrent une question demeurée en débat tout au long du XVIII^e siècle, et qui opposait encore à la veille du Code les romanistes, attachés au transfert matériel de la propriété, et les modernes, qui prônaient sa transmission intellectuelle. Comp. ainsi H. GROTIUS, *De jure belli ac pacis* [*Le droit de la guerre et de la paix*], Paris, 1625, trad. P. Pradier-Fodéré, éd. Guillaumin, 1867, rééd. PUF, 1999, liv. II, chap. VIII, § XXV, p. 297 : « la tradition n'est pas requise par le droit naturel pour transférer la propriété » ; puis S. VON PUFENDORF, *De jure naturæ et gentium* [*Le droit de la nature et des gens*], Amsterdam, 1672, trad. J. Barbeyrac, 5^e éd., Briasson, Paris, 1734, t. I, liv. IV, chap. IX, § VIII, p. 656 : « aussitôt que l'accord est entièrement conclu, c'est-à-dire, qu'on est convenu de transférer son droit à quelqu'un, la chose lui appartient dès lors » ; et E. DE LAURIÈRE, sur A. Loysel, *Institutes coutumières*, Gosselin, Paris, 1710, t. I, n° 407, p. 383 : « Ainsi, parmi nous, dès que la vente est parfaite, le domaine de la chose vendue semble être transféré sans tradition ». Mais défendant encore la solution romaine au soir de l'Ancien Régime, v. R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, préc. (*supra*, note 90), n° 318, p. 131 : « Lorsque le vendeur est propriétaire de la chose vendue, et capable de l'aliéner ; ou s'il ne l'est pas, lorsqu'il a le consentement du propriétaire, l'effet de la tradition est de faire passer en la personne de l'acheteur la propriété de la chose vendue, pourvu que l'acheteur en ait payé le prix, ou que le vendeur ait suivi sa foi. — Le contrat de vente ne peut pas produire par lui-même cet effet. Les contrats ne peuvent que former des engagements personnels entre les contractants : ce n'est que la tradition faite en conséquence du contrat, qui peut transférer la propriété de la chose qui a fait l'objet du contrat ». L'état du droit positif de l'époque est le mieux décrit par G. ARGOU, *Institution au droit français*, par A.-G. Boucher d'Argis, 11^e éd., Bailly, Paris, 1773, t. II, p. 238, qui observe : « Comme, parmi nous, on met toujours une clause dans les contrats de vente, par laquelle le vendeur se dépoille et se démet de la propriété et de la possession de la chose vendue, pour en saisir l'acquéreur, ce qu'on appelle tradition feinte, dès le moment où le contrat est parfait et accompli, tous les droits qui appartiennent au vendeur passent en la personne de l'acquéreur ; de sorte que, si le vendeur était propriétaire, l'acquéreur le devint également ». Quelle que soit la signification de l'article 1589, la préférence des codificateurs pour le transfert *solo consensu* de la propriété est sans équivoque. V. ainsi F. BIGOT DE PRÉAMENEU, préc. (*supra*, note 21), p. 230 : « C'est le consentement qui rend parfaite l'obligation de livrer la chose ; il n'est donc pas besoin de tradition réelle, pour que le créancier doive être considéré comme propriétaire aussitôt que l'instant où la livraison doit se faire est arrivé. » ; et J. PORTALIS, exposé des motifs, Corps lég., 7 vent. an XII, *ibid.*, t. XIV, p. 113 : « Il s'opère par le contrat une sorte de tradition civile qui consomme le transport du droit, et qui nous donne action pour forcer la tradition réelle de la chose ». Il est pourtant demeuré quelques scories de la solution ancienne dans les emprunts faits par les rédacteurs à leurs contemporains, dont la fameuse obligation de donner des articles 1136 et suivants, ou encore la faveur accordée par l'article 1141 à celui des deux acquéreurs successifs et concurrents mis en possession.

(93) Sur quoi, v. L. BOYER, « Les promesses synallagmatiques de vente », *RTD civ.* 1949, pp. 1-35, spéc. n°s 10 à 12, pp. 7-10. V. égal. R.-Th. TROPONG, *op. cit.* (*supra*, note 89), n°s 125 et 126, pp. 148-151, qui, s'appuyant sur TIRAQUEAU, fait même remonter cette distinction aux post-glossateurs du XIV^e siècle.

qui empruntent la maxime, l'appliquent tous deux à cet engagement préalable de former le contrat définitif⁽⁹⁴⁾. POTHIER lui-même, dont on sait à quel point les opinions influencèrent les codificateurs, consacre des développements substantiels à la promesse de vente opposée à la vente définitive, où il conclut en faveur de son exécution forcée⁽⁹⁵⁾. Or, des uns aux autres, la promesse de vente est indifféremment synallagmatique, chez les premiers, ou unilatérale, chez ce dernier. Il apparaît difficile dans ces conditions de comprendre l'article 1589 autrement que comme l'expression de la préférence des rédacteurs pour la solution dominant la doctrine et la jurisprudence de leur siècle quant au choix de la sanction applicable au contrat préliminaire de promesse de vente⁽⁹⁶⁾. Le témoignage de MALEVILLE, membre de la commission de rédaction du projet de Code civil, ne laisse à cet égard aucune place au doute⁽⁹⁷⁾, et PORTALIS lui-même, présentant le titre *De la vente* au Corps législatif, renvoie sur la question à un auteur pour qui la promesse se distinguait de la vente tout en ouvrant droit à obtenir la délivrance judiciaire du bien promis⁽⁹⁸⁾.

Affirmer que « *La promesse de vente vaut vente* », c'était donc inviter les juges à sanctionner toute promesse de vente, unilatérale ou synallagmatique, comme s'il s'agissait d'une vente définitive, pour autant qu'« *il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix.* » À aucun moment, et quelles que furent même les significations historiquement plausibles de l'article 1589, celui-ci n'a eu pour ambition de borner son objet à la promesse synallagmatique en vue de la confondre entièrement à un contrat de vente⁽⁹⁹⁾. C'est la volonté de prêter l'effet le plus étendu aux engagements librement

(94) C.-J. DE FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, 1769, Paris, t. II, v^o Promesse (de vendre ou de louer), p. 397 ; F. BOURJON, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes*, 2^e éd., Grangé et Cellot, Paris, 1770, t. I, liv. III, tit. IV, chap. II, §§ V à VIII, pp. 471-472, qui cite plusieurs arrêts du Parlement de Paris ayant forcé à l'exécution d'une promesse de vente.

(95) R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, préc. (*supra*, note 90), n^{os} 476 et 477, p. 190 : « *Il y a une grande différence entre la promesse de vendre et la vente même. Celui qui vous promet de vous vendre une chose, ne la vend pas encore ; il contracte seulement l'obligation de vous la vendre lorsque vous le requerrerez. — Il faut bien prendre garde à ne pas prendre pour une promesse de vendre la déclaration que fait une personne de la disposition actuelle en laquelle elle est de vendre. Cette déclaration ne renferme aucune obligation, et laisse à celui qui la fait la liberté de changer de volonté, jusqu'à ce que le marché ait été conclu.* ». Cette distinction posée, POTHIER tranche à son tour pour l'exécution forcée de la promesse (n^o 479, pp. 191-192) : « *le fait qui est l'objet d'une promesse de vendre n'est pas un fait extérieur et corporel de la personne du débiteur : il peut le suppléer par un jugement, comme nous l'avons rapporté, qui ordonnera que, faute par le débiteur de vouloir passer un contrat de vente, le jugement vaudra pour contrat.* »

(96) V. not. en ce sens V. MARCADÉ, *op. cit.* (*supra*, note 21), t. VI, 1852, art. 1589, § V, p. 167 ; M. PLANIOL, *op. cit.* (*supra*, note 18), t. II, 1923, n^o 1400, pp. 472-473, et n^o 1407, p. 475 ; L. BOYER, art. préc. (*supra*, note 93), n^{os} 12 et 13, pp. 9-11.

(97) J. DE MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, 2^e éd., Garnery et Laporte, Paris, 1807, t. III, p. 359, art. 1589 : « *Cet article termine une grande discussion entre les docteurs, les uns tenant que la promesse de vendre vaut vente et oblige à passer contrat, les autres, qu'elles se résout en dommages-intérêts.* »

(98) J. PORTALIS, exposé des motifs, Corps lég., 7 vent. an XII (*in* P. A. Fenet, *op. cit.* (*supra*, note 21), t. XIV, p. 115, et J.-G. Locré, *op. cit.* (*supra*, *ibid.*), t. XIV, p. 147), renvoyant à H. COCHIN, *Œuvres*, 3^e éd., Cellot, t. VI, 1775, pp. 160-161, lequel écrit : « *Il a été jugé mille fois qu'une promesse de passer contrat de vente était obligatoire [...] & lorsqu'une partie a voulu seconner le joug d'une pareille promesse, elle a toujours été condamnée à l'exécuter.* »

(99) Pour l'application de l'article 1589 à la promesse unilatérale de vente, outre les auteurs préc. (*supra*, note 96), v. J. HAMEL, *in Traité pratique de droit civil français*, préc. (*supra*, note 10), t. X, 1956, n^o 175, p. 202, note 3, et n^o 182, p. 215 : « *Ainsi l'art. 1589 a mis fin à une vieille controverse dont Pothier nous fournit les échos ; il apparaît donc nettement que, appliqué aux promesses unilatérales, cet article présente une incontestable utilité* » ; R. MOREL, « La violation d'une promesse de vente — Étude de jurisprudence », *in Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, pp. 541-548, spéc. p. 541 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, (*suite p. suiv.*)

consentis et non le constat que certaines promesses sont susceptibles de valoir d'ores et déjà comme contrats définitifs qui explique cette disposition. Défendre le contraire, c'était condamner l'article 1589 à ne plus rien signifier⁽¹⁰⁰⁾, sinon que la vente vaut vente...

Au reste, la relecture à laquelle on a soumis l'article 1589 n'est pas seulement oiseuse et historiquement infondée, elle aussi techniquement inexacte. Car il est au moins deux cas de figure dans lesquels la promesse synallagmatique ne se confond pas entièrement au contrat définitif⁽¹⁰¹⁾. Lorsque, d'abord, les parties prévoient de ménager à chacune une option et, par là, la faculté de former la vente définitive à première demande, elles ne contractent pas d'emblée cette vente mais une double promesse unilatérale réciproque qui s'en distingue parfaitement⁽¹⁰²⁾. De même, lorsque la convention se donne pour objet d'engager définitivement le consentement des parties à un contrat qu'elles savent encore impossible, celles-ci seront bien immédiatement tenues par une promesse synallagmatique, mais pas déjà par le contrat définitif⁽¹⁰³⁾.

Dans ces deux cas, donc, il se vérifie que l'existence d'une promesse synallagmatique ne commande pas nécessairement celle du contrat définitif, si bien que l'on a encore matière à

Leçons de droit civil, t. III, vol. 2, *Principaux contrats : vente et échange*, 7^e éd., par M. de Juglart, Montchrestien, 1987, n° 788-2, p. 71. V. égal. E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, pp. 271-272, qui, retournant l'argument contre les partisans de la thèse adverse, estime même que cette disposition n'est applicable qu'à la seule promesse unilatérale puisque, rendue synallagmatique, la promesse ne se distinguerait justement plus de la vente.

Il est facile de voir comment cette relecture à laquelle on a fini par soumettre l'article 1589 a eu pour effet, sinon pour objet, d'autoriser la dénaturation précédemment dénoncée de la promesse unilatérale de vente (v. *supra*, n° 348, spéc. note 84) : désormais exclue du giron d'une disposition qui l'assimilait dans ses effets à une vente définitive, la promesse unilatérale pourrait ne plus contraindre son auteur autant que s'il s'était agi d'une promesse synallagmatique.

(100) Sur cette critique, v. Ch. BEUDANT, *op. cit.* (*supra*, *ibid.*), t. XI, *Les contrats et les obligations*, collab. J. Brethe de La Gressaye, 1938, n°s 28 à 32, pp. 21-25 ; F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, th. Paris, 1955, LGDJ, 1956, n° 239, p. 224 : « *s'il y avait là simplement une application isolée du principe selon lequel ce que font les parties (une vente) prévaut sur ce qu'elles disent (promesse synallagmatique), ce texte aurait été inutile. S'il ne s'agissait que de rectifier une mauvaise terminologie, la solution aurait été d'elle-même.* »

(101) Pour la distinction entre la promesse synallagmatique et la vente définitive, v. not. L. BOYER, art. préc. (*supra*, note 93), n°s 14 à 23, pp. 11-20 ; P. FIESCHI-VIVET, *La promesse de contrat*, th. Lyon, 1973, n° 170, pp. 241-244 ; F. COLLART DUTILLEUL, *op. cit.* (*supra*, note 90), n° 127, p. 69, qui préfère parler pour cette raison d'« *avant-contrat synallagmatique de vente* » ; J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *La vente*, LGDJ, 1990, n° 160, p. 180 ; et J. GHESTIN, *op. cit.* (*supra*, note 60), n° 341, p. 312.

(102) En ce sens, v. par ex. L. BOYER, art. préc. (*supra*, note 93), n° 21, pp. 18-19, sous la qualification de « *pacte d'option* » ; J. HUET, *op. cit.* (*supra*, note 88), n° 11176, p. 135 ; Y. STREIFF, « Qualification juridique des promesses croisées d'achat et de vente d'actions », *Bull. Joly* 1990, p. 272. La Cour de cassation a toujours eu du mal à reconnaître pour sa part l'autonomie de cette promesse synallagmatique : v. ainsi Com., 22 nov. 2005, *Bull.*, IV, n° 234 (*D.* 2006, AJ, p. 149, obs. A. Lienhard ; pan., p. 2639, obs. S. Amrani Mekki ; et J. Moury, « Menaces sur les promesses unilatérales de vent et d'achat croisées », chr., p. 2793 ; *Bull. Joly* 2006, § 76, p. 377 ; *Rev. sociétés* 2006, p. 521, note J.-F. Barbiéri ; *RTD civ.* 2006, p. 302, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2006, p. 383, obs. Ph. Brun ; *Defrénois* 2006, p. 605, obs. R. Libchaber), qui exerce sa censure au motif que « *l'échange d'une promesse unilatérale d'achat et d'une promesse unilatérale de vente réalise une promesse synallagmatique de vente valant vente définitive* ». S'il était prévu en revanche que la vente se formerait, non à la première option levée, mais à la seconde, il ne s'agirait plus d'une promesse de contrat mais d'un simple protocole d'accord : v. *supra*, n° 343.

(103) Sur cette hypothèse, v. déjà *supra*, n° 336, spéc. note 30. Rapp. L. BOYER, art. préc. (*supra*, note 93), n°s 18 et 19, pp. 15-17, qui applique la qualification de promesse synallagmatique à la vente conclue à un moment où une disposition y fait provisoirement obstacle. Comp. F. COLLART DUTILLEUL, *op. cit.* (*supra*, note 90), n°s 131 à 136, pp. 71-74, qui réserve la qualification d'« *avant-contrat synallagmatique de vente* » à la vente intentionnelle de la chose d'autrui.

observer ici que la conclusion d'un contrat préliminaire implique l'inexistence du contrat projeté. Ce qui est vrai simplement c'est que, plus que les autres accords préliminaires, la promesse synallagmatique pourra, si elle est mal qualifiée, réaliser d'emblée le contrat promis, et ne plus constituer alors une cause d'inexistence de ce dernier.

350. Conclusion – Le principe reste donc indépassable : si l'on peut toujours, par le biais de la modalité, intégrer à la formation du contrat un élément qui ne lui est pas nécessaire comme ne répondant pas de sa définition, on ne saurait en revanche le conclure en l'absence de l'un de ses éléments constitutifs. L'élément accidentel auquel les contractants auront spécialement subordonné leur engagement ne le retarde normalement pas : soumis à une condition suspensive, le contrat existe, même sous cette modalité. L'élément essentiel, en revanche, empêche toujours le contrat : soumis à une condition constitutive, l'accord n'est plus qu'éventuel, et comme tel encore inexistant⁽¹⁰⁴⁾.

Mais il importe de circonscrire cette essence à sa juste mesure, car seule la volonté des parties fait le contrat. Il en résulte que des trois formes de conditions intervenant dans l'élaboration de toute convention, la théorie de l'inexistence n'en retiendra jamais que deux, selon qu'elles empêcheront ou non cette formation. La condition constitutive, celle qui participe de la définition même de l'accord, est son seul élément essentiel, et elle se borne aux consentements réciproques. La condition modale, à l'opposé, est ordinairement étrangère à la formation de la convention, en sorte que si les parties y subordonnent néanmoins leur engagement, elle ne mettra pas obstacle à la formation immédiate, même conditionnelle, du contrat. Les contractants pourront toujours décider spécialement du contraire, mais alors cet élément accidentel deviendra le support d'une réitération tacite des consentements et, par là, d'un élément redevenu essentiel⁽¹⁰⁵⁾. Quant aux conditions d'efficacité du contrat, qu'elles soient de validité ou d'opposabilité, elles pourront n'apparaître ni strictement constitutives, ni véritablement accidentelles, puisque toujours nécessaires, sinon à la formation, au moins à l'effet de l'engagement. Au regard de la théorie de l'inexistence, cependant, ces autres conditions se réduisent là encore à l'alternative précédente : parce que ces éléments-ci sont nécessaires à la production des effets du contrat, on présumera que les parties les auront connus, d'une part, et qu'elles y auront conditionné leur consentement, d'autre part. De sorte que, à nouveau, ce sera l'élément essentiel qui fera défaut et qui autorisera à déduire l'inexistence du contrat de l'absence d'une condition de validité ou d'opposabilité. Ce qui n'empêchera pas de renverser l'une ou l'autre de ces deux présomptions : s'il est acquis que les contractants ignoraient que cette condition faisait défaut, leur convention sera, selon, nulle en soi ou

(104) Pour autant évidemment que les parties n'aient pas préalablement disqualifié cet élément essentiel en élément accidentel, en faisant de la réitération de leur consentement une simple réserve d'agrément : v. *supra*, n° 337, spéc. note 38.

(105) V. *supra*, n° 330.

inopposable aux tiers⁽¹⁰⁶⁾ ; et si l'on démontre à l'inverse qu'ils avaient exprimé d'emblée un consentement définitif dans l'attente d'une condition de validité restant à réaliser, on pourra conclure à la formation immédiate de leur engagement, sous condition suspensive de validité si celle-ci est susceptible de rétroagir⁽¹⁰⁷⁾, ou au titre d'une promesse synallagmatique dans le cas contraire⁽¹⁰⁸⁾.

Différant ainsi l'expression de leur consentement définitif, les contractants pourront fort bien en effet conclure dans l'attente un avant-contrat. Relever l'existence de ce dernier suffit alors à exclure celle de la convention envisagée et laissée encore éventuelle : en appelant à l'achèvement du processus de formation, la conclusion d'un contrat préliminaire postule bien que le contrat définitif n'existe pas encore. Si, du reste, l'existence de l'avant-contrat implique l'inexistence actuelle du contrat définitif, ce n'est pas seulement parce qu'il se situe au stade préliminaire de sa formation, mais déjà, et plus largement, parce que son objet est tout simplement différent. Car au fond, un contrat préliminaire est aussi, en ce sens, un contrat spécialement qualifié.

SECTION II

LE CONTRAT SPÉCIALEMENT QUALIFIÉ

351. Une inexistence relative – L'inexistence est ici relative plus souvent qu'absolue : il pourra bien y avoir un contrat, soit quelque chose plutôt que rien, mais il ne s'agira pas du même accord que celui spécialement qualifié par les parties⁽¹⁰⁹⁾. L'élément essentiel faisant défaut ne sera donc plus un élément constitutif de tout contrat, pris *sui generis*, mais restera propre à un contrat déterminé : c'est la définition de ce contrat spécial, plutôt que de tout autre, qui sera alors mise en doute⁽¹¹⁰⁾. Il en résulte que les causes de cette autre

(106) S'il est entendu que, le plus souvent, les juges relèveront directement la nullité, ou l'inopposabilité, du contrat sans s'interroger sur l'intention véritable des parties de le former, c'est que les circonstances laisseront paraître cette intention et qu'elle ne sera elle-même pas discutée, pour cette première raison d'ailleurs que conclure à l'inexistence plutôt qu'à la nullité déterminera rarement la solution du litige...

(107) V. *supra*, n° 336, spéc. note 29.

(108) V. *supra*, n° 336, spéc. note 30, et n° 349, *in fine*.

(109) L'inexistence répond ici à sa définition platonicienne : pour PLATON en effet, le non-être ne tient pas dans le néant absolu, inconcevable chez lui, mais dans l'autre, dans ce qui est différent. V. PLATON, *Le Sophiste*, in *Œuvres complètes*, trad. A. Diès, Les Belles Lettres, t. VIII, 3^e part., 1925, 257 b, p. 371 : « *Quand nous énonçons le non-être, ce n'est point là, ce semble, énoncer quelque chose de contraire à l'être, mais seulement quelque chose d'autre.* »

Chez d'autres auteurs, la notion d'*inexistence relative* correspond à celle d'inopposabilité. V. en ce sens J. DE SOTO, *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux*, th. Paris, 1941, n° 83, p. 63 ; D. VEAUX, in *J.-Cl. Civ.*, Art. 1304 à 1314, fasc. 20, « Nullité ou rescision des conventions – Généralités : inexistence et rescision », 1994, n° 22, p. 7.

(110) Sur cette dualité de l'inexistence, v. déjà R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, préc. (*supra*, note 22), n° 6, p. 6 : « *Les choses qui sont de l'essence du contrat sont celles sans lesquelles ce contrat ne peut subsister. Faute de l'une de* (suite p. suiv.)

inexistence varieront en fonction de la nature du contrat formé par les parties et de la qualification qu'elles auront cru pouvoir lui donner.

Il est communément admis à cet égard que les éléments essentiels propres à chaque type de contrat auraient un caractère nécessairement objectif, considérant que la qualification n'est rien d'autre qu'un moule offert aux volontés contractantes qui viendraient s'y couler⁽¹¹¹⁾. Ces éléments typiques de chaque contrat trouveraient donc à s'opposer en cela, dans leur nature, à ceux constitutifs de toute convention, nécessairement fondés pour leur part sur l'intention réelle des parties, et comme tels essentiellement subjectifs, ainsi qu'on pourrait l'observer dans la conclusion d'un contrat innommé⁽¹¹²⁾. Un meilleur examen laisse pourtant voir que les éléments constitutifs d'un contrat apparaissent tout aussi objectifs ou subjectifs que l'on considère l'existence d'un accord quelconque ou celle d'un contrat spécialement qualifié : dans tous les cas en effet, on commencera par se référer à la définition – objective – donnée du contrat par la théorie avant de vérifier si la volition – subjective – des parties correspond à cette définition⁽¹¹³⁾. Et on le vérifiera en observant si l'on retrouve

ces choses, ou il n'y a point du tout de contrat, ou c'est une autre espèce de contrat. » ; Ch. AUBRY et Ch. RAU, *op. cit.* (*supra*, note 10), § 342, pp. 288-289 : « À côté des conditions requises pour tous les contrats en général, chaque contrat en particulier exige, d'après sa notion même et la fin qu'il est destiné à réaliser, certains éléments, en l'absence desquels il est impossible d'en concevoir l'existence. C'est ainsi que le contrat de vente, par exemple, requiert, pour son existence comme tel, non seulement le consentement des parties et une chose qui en forme l'objet, mais encore un prix déterminé en argent, et l'intention réciproque des parties de transférer et d'acquérir la propriété de cette chose. – Les éléments dont il vient d'être parlé sont, comme on le dit communément, de l'essence du contrat. » ; M. PLANIOL, *op. cit.* (*supra*, note 18), n° 348, pp. 132-133 : « Les éléments essentiels dont l'absence entraîne l'inexistence de l'acte sont de deux sortes. L'un est d'une nécessité générale, commune à tous les actes juridiques : c'est le consentement, ou mieux la volonté. L'acte juridique étant, par définition, un acte volontairement accompli en vue d'obtenir des effets de droit, si cette volonté n'existe pas, l'acte lui-même n'existe pas non plus. [...] Les autres éléments essentiels à l'existence de l'acte sont variables selon les diverses espèces d'actes et ils sont déterminés pour chacun par sa définition particulière. » ; H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 5^e éd., A. Pedone, 1929, n° 276, p. 319 : « Ces éléments essentiels varient avec chaque groupe d'actes ou même avec chaque acte déterminé. » Adde F. HAGE-CHAHINE, « La notion d'inexistence et ses intérêts pratiques », *Proche-Orient, Études juridiques – Rev. fac. dr. Univ. Saint-Joseph, Beyrouth*, n° 47, 1994, pp. 69-87, n° 21, qui distingue les « éléments constitutifs généraux, exigés dans tous les contrats » des « éléments constitutifs spécifiques supplémentaires, exigés dans certains contrats » ; ou encore N. CARDOSO-ROULOT, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, th. Dijon, 2006, L'Harmattan, 2008, n°s 560 et 561, pp. 415-416.

(111) Lorsque la doctrine s'interroge sur l'essence du contrat, c'est bien souvent ainsi celle des contrats spéciaux qui fait l'objet de son seul examen. Comp. J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 109, 1970, n° 52, p. 57 : « On désigne le plus souvent sous le terme de « conditions essentielles » du contrat ceux de ses éléments sans lesquels il demeurerait impossible de savoir quelle sorte de convention a été conclue. ». Et la tendance est plus accusée encore en jurisprudence, où les juges qui recourent aux éléments essentiels d'un contrat le font toujours en vue de décider de sa qualification.

(112) V. encore récemment C. GRIMALDI, « Les clauses portant sur une obligation essentielle », *RDC* 2008, pp. 1095-1108, spéc. p. 1096 : « L'obligation objectivement essentielle est l'obligation essentielle à un contrat donné, plus précisément à un contrat nommé. En effet, seuls les contrats nommés comportent des obligations objectivement essentielles. »

(113) Pour le rapprochement des deux analyses, objectiviste et subjectiviste, de l'essence du contrat, v. Ph. JESTAZ, *loc. cit.* (*supra*, note 26), et encore p. 294, à propos de l'obligation fondamentale : « elle emprunte son caractère fondamental à la nature du contrat ou à la volonté des parties. Point ne faut d'ailleurs exagérer l'opposition : la nature du contrat n'est rien d'autre que le moule préfabriqué à partir d'une volonté-type, moule qui va désormais s'offrir à l'adhésion des volontés particulières. » Le fait est en effet que les éléments objectifs et subjectifs d'un contrat ne se distinguent pas en fonction de la nature de ce dernier, mais selon le niveau d'analyse auquel on le soumet : du point de vue de la théorie, qui dispose *a priori*, les éléments constitutifs de tel ou tel type de contrat se déterminent toujours objectivement ; dans l'observation des faits, en revanche, où tout ne relève plus que d'une analyse *in concreto*, les éléments constitutifs du contrat seront ceux qui auront été effectivement

(suite p. suiv.)

dans les volontés déclarées l'ensemble des conditions constitutives d'un contrat quelconque, d'abord, et celles d'un contrat spécial, ensuite.

Le constat de l'inexistence passe donc à présent par l'établissement de la définition de chacun des contrats spéciaux et par la mise en évidence, ce faisant, de leurs éléments essentiels respectifs. Qu'il soit alors acquis que les parties n'aient pas voulu la totalité de ces effets nécessaires, et le contrat, tel qu'initialement qualifié, succombera par inexistence.

352. Un contrat sujet à requalification – Une fois établie l'inexistence du contrat spécialement qualifié, le constat que les parties ne se sont pas entendues sur tous ses éléments objectivement constitutifs laisse encore indéfinie l'une ou l'autre branche d'une alternative consistant à déterminer si elles n'ont voulu conclure aucun contrat ou si elles en ont formé un autre qui resterait à établir par requalification⁽¹¹⁴⁾. Cette requalification⁽¹¹⁵⁾ suppose en pratique une proximité matérielle entre deux types de contrats, dont les éléments essentiels se recouperont pour la plupart, et qui seront susceptibles pour cette raison de susciter certaines ambiguïtés dans la recherche de l'intention des parties.

Le cas de la simulation lui-même ne répond pas d'une autre logique : l'accord ostensible peut, selon le même schéma, dissimuler ou non une autre convention, en sorte que, là encore, la qualification première écartée, se posera la question de savoir si l'inexistence relative à cet acte apparent révèle, plus profondément, l'inexistence de tout contrat ou l'existence d'un autre⁽¹¹⁶⁾. Par où l'action en déclaration de simulation s'analyse précisément comme une action en constat d'inexistence compliquée d'une dissimulation volontaire⁽¹¹⁷⁾.

353. Division des contrats spéciaux – Dans son œuvre systémique, la doctrine a aussi cherché à ordonner les contrats spéciaux, et à établir à cette fin sa *summa divisio*. L'effort est ancien⁽¹¹⁸⁾ et n'a jamais abouti pourtant qu'à des distinctions imparfaites⁽¹¹⁹⁾,

voulus par les parties. Sur cette préséance de la volonté réelle dans la détermination de l'essence contractuelle, v. déjà *supra*, n° 335.

(114) S'il est acquis que les parties ont voulu s'engager contractuellement mais que leur accord ne répond à aucune qualification connue, on conclura à la formation d'un contrat innommé, ce qui correspond aussi, en un sens, à une forme de qualification négative.

(115) Il s'agit bien à proprement parler d'une *re*-qualification, par référence à la qualification première qui est celle des parties (arg. C. proc. civ., art. 12, al. 3), ce qui postule, comme le plus souvent cependant, que celles-ci se soient livrées à cet exercice. À l'inverse, et selon la même disposition, le juge se verrait privé du pouvoir de requalifier l'acte soumis à son examen si les parties avaient expressément choisi de faire prévaloir leur qualification sur la substance de leur accord.

(116) C'est bien en ce sens que la doctrine distingue parfois la simulation relative, qui dissimule l'existence d'une contre-lettre, de la simulation absolue, qui ne camoufle que le néant. V. par ex. J.-Ch. LAURENT, *L'apparence dans le problème des qualifications juridiques*, th. Caen, 1931. Comp. M. DAGOT, *La simulation en droit privé*, th. Toulouse, 1965, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 73, 1967, n° 71 et s., p. 61 et s., qui réserve toutefois une acception quelque peu différente à cette distinction. Pour un cas de simulation absolue, v. not. l'hypothèse du mariage frauduleux, *infra*, n° 393.

(117) Dissimulation qui, pour être volontaire, n'est pas nécessairement frauduleuse, pour autant que les parties à la simulation n'aient pas cherché à échapper ce faisant à quelques prescriptions impératives. Ainsi, pour le cas de la vente à prix symbolique stipulé pour déguiser une donation et en vue de soumettre le donateur aux obligations de garantie du vendeur, v. *infra*, n° 359.

(118) Sans remonter jusqu'à ARISTOTE, qui ne paraît pas avoir jamais étudié le contrat en tant que tel, on trouve néanmoins trace de premières tentatives en ce sens chez DUMOULIN, qui séparait déjà les *commutations* (suite p. suiv.)

dans lesquelles certains contrats se laissent mal enfermer⁽¹²⁰⁾, ou à d'autres divisions techniquement mieux fondées mais qui offrent pour contrepartie de présenter une répartition fortement déséquilibrée⁽¹²¹⁾.

Sur le pied de cette indécision, on prendra ici le parti d'emprunter, beaucoup, aux idées communes à ces différents systèmes, et à deux d'entre eux en particulier, et d'innover

des *communications*, c'est-à-dire, chez lui, les communautés (*Summoire du livre analytique des contractz, usures, rentes constituées, intérêtz et monnoyes*, M. Dupuys, Paris, 1547, p. 333), et chez GROTIUS, qui en vint à distinguer à son tour les contrats « *qui séparent les intérêts* » de ceux « *qui produisent une communauté d'intérêts* » (*op. cit.* (*supra*, note 92), liv. II, chap. XII, §§ III et IV, pp. 332-334).

(119) V. not. parmi les plus conséquentes, les distinctions tripartites de DUGUIT entre *acte subjectif*, *acte-condition* et *acte-règle*, d'un côté (*Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., E. de Bocard, t. I, 1927, § 31, pp. 327-329), et entre *contrat*, *acte collectif* et *union*, de l'autre (*ibid.*, §§ 38 à 40, pp. 380-425) ; celle de Kelsen entre *contrat créant des normes individuelles* et *contrat créant des normes générales* (Reine Reschtlebre, 2^e éd., F. Deuticke, Vienne, 1960, trad. Ch. Eisenmann, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, pp. 347-348) ; *contrat impersonnel* (*discrete contract*) et *contrat relationnel* (*relational contract*) chez l'Américain Ian MACNEIL (« The many futures of contracts », *Southern California LR*, 1974, vol. 47, p. 691 ; puis *The New Social Contract – An Inquiry into Modern Contractual Relations*, Yale Univ. Press, New Haven, 1980 ; et « Reflections on Relational Contract », *Journ. of Institutional and Theoretical Economics*, 1985, p. 54 ; adde C. BOISMAIN, *Les contrats relationnels*, th. Nantes, 2004, PUAM, 2005) ; *contrats d'intérêts antagonistes*, *d'intérêt exclusif* ou *d'intérêt commun* pour Gérard CORNU (*Cours de droit civil*, Les Cours de droit, Paris, 1972-1973, p. 313) ; *contrats d'occasion* et *contrats de situation* pour Michel CABRILLAC (« Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, 1978, pp. 235-254, spéc. n° 8, pp. 238-239) ; ou *contrat-objet* et *contrat-situation* pour Marie-Anne FRISON-ROCHE (« Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », *RTD civ.* 1998, pp. 43-56, n° 19, p. 50). Mais c'est encore la division proposée par Paul DIDIER entre *contrat-échange* et *contrat-organisation* qui paraît rencontrer aujourd'hui la meilleure audience : v. « Le consentement sans l'échange : contrat de société », in *L'échange des consentements*, colloque Deauville, *RJC*, nov. 1995, n° spéc., pp. 74-80, spéc. p. 75 ; et surtout « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF et J.-Cl., 1999, pp. 635-642.

(120) C'est notamment le cas de certains contrats commerciaux qui, tout en réalisant une opération essentiellement commutative, instaurent aussi une forme de collaboration à l'origine d'une relation d'affaires suivie entre les deux partenaires. Autre exemple, les contrats de bienfaisance ne réalisent, par définition même, aucun échange et c'est manifestement forcer les catégories que de vouloir les soumettre à la qualification de commutations, là même où le Code les en exclut expressément (C. civ., art. 1104), fidèle en cela à la notion aristotélicienne de *synallagma* à laquelle cette catégorie puise sa source (*Éthique à Nicomaque*, liv. V, 1131 a 1).

(121) Ainsi a-t-on récemment proposé d'améliorer les distinctions doctrinales en cours en appliquant aux contrats spéciaux l'antique division séparant chez Aristote les commutations des distributions : aux premières correspondraient les contrats-échanges, aux secondes les contrats-partages (v. F. CHÉNEDÉ, *Les commutations en droit privé*, th. Paris II, 2007, Economica, coll. Recherches juridiques, vol. 17, 2008). Rapp. déjà B. BERGMANS, « Essai de systématisation nouvelle des contrats de droit privé », *RRJ* 1990, pp. 411-452, n° 113, p. 441, où l'auteur oppose *contrat de type échangiste* et *contrat de type synergique* ; A. SÉRIAUX, *Le Droit, une introduction*, Ellipses, 1997, n° 125, p. 109, qui distingue *échange* et *alliance* ; G. ROUHETTE, in *Encyclopaedia Universalis*, Corpus, 2002, v° Contrat, pp. 384-385, pour une division marquée entre *contrat commutatif* et *contrat associatif*. La démonstration est assurément convaincante, en ce qu'elle permet de répartir assez précisément les différents contrats au sein de ces deux catégories. Mais elle aboutit aussi à accentuer le déséquilibre dont souffraient déjà les systèmes précédents, en soustrayant notamment de la seconde tous les contrats d'affaires ayant pour objet d'organiser une relation future sans constituer de groupement juridique à cette fin (e.g. F. CHÉNEDÉ, *op. cit.*, n° 152, pp. 140-141, à propos des contrats de distribution), ainsi que d'autres conventions, pourtant traditionnellement analysées comme de véritables contrats, au motif qu'elles ne répondent ni de l'une ni de l'autre de ces deux catégories, ce qui vise notamment les accords collectifs professionnels, ou encore les avant-contrats en général, et le contrat-cadre en particulier (*ibid.*, n° 129, p. 119). Obviant à ces difficultés, c'est finalement une division tripartite qui recueillerait désormais les suffrages, introduisant entre ces deux catégories la notion de *contrat-coopération*, défini comme celui « *organisant une mise en relation d'actifs complémentaires de manière à coordonner les intérêts convergents mais différents des parties* » (S. Lequette, *Le contrat-coopération*, th. Paris II, 2010, Economica, 2012).

cependant, un peu, en tentant de combiner l'un et l'autre⁽¹²²⁾. Aux contrats réalisant un transfert de valeur, ou, en termes économiques, une transaction⁽¹²³⁾, paraissent ainsi s'opposer ceux qui visent à organiser juridiquement une relation sans prévoir la fourniture d'aucune prestation, sinon à seule fin de rendre cette relation possible⁽¹²⁴⁾. À la faveur de cette distinction, on étudiera donc d'abord l'inexistence du contrat transactionnel (§ 1), avant d'envisager celle du contrat organisationnel (§ 2).

§ 1 – L'inexistence du contrat transactionnel

354. L'objet pour critère de qualification – La définition d'un contrat spécialement qualifié dépend fondamentalement de son objet, c'est-à-dire de l'objet cumulé de chacune des obligations essentielles, et autres effets nécessaires, qui en résultent⁽¹²⁵⁾. Ainsi comprise, la notion d'objet suffit donc à forger la définition de la plupart des contrats spéciaux, et relègue la cause à un rôle sur ce point accessoire⁽¹²⁶⁾.

(122) V. spéc. P. DIDIER, art. préc. (*supra*, note 119) ; et F. CHÉNEDÉ, *op. cit.* (*supra*, note préc.). Précisément, la distinction proposée par le premier permet d'intégrer ici les conventions collectives à la catégorie des contrats organisationnels, celles-ci ayant pour objet de réglementer un secteur d'activité sans réaliser à cette fin aucun partage ni échange. On y inclura aussi les contrats de distribution, mais on ne le fera, instruit par le second, que dans la stricte mesure où il s'agira de contrats-cadres, et non déjà de contrats définitifs opérant un échange qui les ferait appartenir à la catégorie des contrats transactionnels.

(123) V. C. JESSUA, Ch. LABROUSSE et D. VITRY (dir.), *Dictionnaire des sciences économiques*, PUF, 2001, v° Transaction : « au cœur des activités de production ou d'échange, se trouvent les transactions, c'est-à-dire des transferts de biens et de services, ou, plus précisément, des droits d'usage sur ces biens et services. Les droits de propriété forment une des modalités de ces transferts. » On parlera aussi bien de *prestation*, au sens, là encore, où l'on entend le plus couramment le mot. L'intérêt de l'un ou l'autre de ces deux vocables est qu'ils permettent d'y inclure toute fourniture de valeur, sans considération pour la cause qui les motive, de sorte que les libéralités se trouvent ainsi réintégrées à leur domaine naturel, là où, sauf dénaturation, les termes d'*échange*, de *commutation* ou de *permutation* les en excluent nécessairement.

(124) À s'en tenir, pour l'essentiel, aux contrats productifs d'effets patrimoniaux, dont on ne présentera au surplus, faute de place, que quelques exemples parmi les plus illustratifs. Pour les autres contrats, v. not. C. LAZARUS, *Les actes juridiques extrapatrimoniaux*, th. Paris XI, 2005, PUAM, 2009.

(125) Il paraît difficile, quoi qu'on en ait dit, de réduire l'objet du contrat à l'objet de sa seule prestation caractéristique, sous peine de se condamner à ne plus pouvoir distinguer l'objet d'une donation de celui d'une vente, ou l'objet d'un prêt de celui d'une location. Pour cette réduction pourtant : J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, th. Bordeaux, 1966, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 91, 1969, pp. 27-33, qui confère, par effet de vases communicants, une portée déterminante à la notion de cause, utile alors à distinguer les contrats à titre gratuit des contrats à titre onéreux. Comp. M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, th. Paris I, 2000, Economica, coll. Rech. jur., vol. 2, 2002, n° 213, pp. 155-156, qui montre que la notion de prestation caractéristique a été dès l'origine assimilée à l'objet du contrat chez les internationalistes. Pour une conception plus large, et donc plus utile, de l'objet du contrat, v. C. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, th. Nantes, 2004, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 441, 2005, n° 308 et s., p. 167 et s., spéc. n° 499, p. 279, pour qui l'objet du contrat est « l'effet juridique global et immédiat du contrat ». V. égal. C. civ. Québec, art. 1412 : « L'objet du contrat est l'opération juridique envisagée par les parties au moment de sa conclusion, telle qu'elle ressort de l'ensemble des droits et obligations que le contrat fait naître. »

(126) Les auteurs sont pourtant nombreux à réserver à la cause un rôle qualificatif prééminent, sinon même exclusif. V. ainsi F. TERRÉ, *op. cit.* (*supra*, note 100), n° 270 et s., p. 254 et s. ; J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, th. Paris, 1969, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 117, 1971, n°s 152 et 153, pp. 265-269 ; Ph. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, th. Aix-Marseille, 1981, n°s 166 à 176, pp. 200-211, sur le fondement de la cause contrepartie pour le droit commun, et de la cause catégorique pour les contrats spéciaux ; J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, th. Paris I, 1997, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 311, 1999, n° 155, p. 145, qui s'appuie plus spécifiquement sur la notion de cause typique. *Contra cep.* : (suite p. suiv.)

Suivant en cela la tradition romaine, le Code civil définit le contrat par seule référence aux obligations qui en procèdent (art. 1101), paraissant exclure de cette qualification toutes conventions non directement constitutives d'obligations. Si une partie de la doctrine a pu y trouver aliment pour dénier la qualification de contrat à ces autres conventions, telle n'est pas la conclusion à laquelle on a précédemment abouti⁽¹²⁷⁾. Si l'on est donc convenu à présent de qualifier de contrat toute convention productive d'effets juridiques, il faut nécessairement joindre à l'examen des contrats créateurs d'obligations nouvelles (A) celui des contrats portant sur des obligations déjà actuelles (B).

A - LES CONTRATS CRÉATEURS D'OBLIGATIONS NOUVELLES

355. Taxinomie des contrats spéciaux – Tout contrat qui ne porte pas sur une obligation préexistante est nécessairement productif d'obligations nouvelles, quand bien même celles-ci ne formeraient pas l'objet principal de la convention. Même une donation manuelle, qui se consomme pourtant entièrement à l'instant de sa formation, trouve une suite dans la garantie d'éviction du fait personnel mise à la charge du donateur, et dans l'obligation contractuelle réciproquement imposée au gratifié de ne pas faire preuve d'ingratitude⁽¹²⁸⁾.

Tout effort de systématisation des contrats spéciaux se trouve donc naturellement porté à user de l'obligation pour premier instrument de classification. Et dans cette entreprise, il semble que nulle distinction n'ait jamais connu le succès de celle qu'opérait déjà le droit

J. DABIN, « La cause des obligations – État actuel du problème en doctrine », *Ann. dr. et sc. pol. Louvain*, 1948, pp. 275-281, spéc. p. 277, pour qui « *ce n'est point la cause de l'obligation qui permet de spécifier le contrat* » ; Ph. JESTAZ, art. préc. (*supra*, note 26), p. 295, qui remarque que la cause ne sert à rien pour qualifier les contrats unilatéraux, et qui préfère se tourner pour cette raison vers le consentement et l'objet ; R. SEFTON-GREEN, *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise*, th. Paris I, 1997, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 336, 2000, n° 583 et s., pp. 330-336, au motif qu'une condition d'existence ne saurait être confondue à une condition de validité.

La cause n'intervient qu'exceptionnellement dans la qualification du contrat, lorsqu'il importe en particulier de déterminer à cette fin si celui-ci est conclu à titre essentiellement gratuit ou onéreux et que la seule observation de l'objet des obligations réciproques n'y suffit pas (v. par ex. *infra*, n° 357). La notion peut aussi, dans la même perspective, avoir pour intérêt de servir à l'identification des effets essentiels du contrat : sera ainsi qualifiée d'essentielle chacune des obligations qui constitue à elle seule la cause de la totalité des obligations réciproques du cocontractant.

(127) V. *supra*, n° 12. Cette autre distinction, qui sépare les contrats créateurs d'obligations de ceux qui ne le sont pas, à titre principal au moins, pourrait même servir à une autre division que celle ici adoptée. On situerait alors parmi les seconds tous les contrats translatifs, pour lesquels l'obligation de délivrance n'est jamais qu'une suite du transfert ; les contrats de garantie, considérant que la couverture due par le garant est peut-être moins une obligation qu'une prestation spécifique ; les promesses de contrat, qui n'obligent proprement aucune des deux parties et les contraignent pourtant ; les contrats portant sur une obligation déjà née, et qui pour cette raison n'en créent aucune ; et nombre de contrats ici qualifiés d'organisationnels. Sur ces contrats non obligationnels, v. spéc. P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, pp. 771-810.

(128) Pour concevoir qu'un contrat, purement translatif, puisse ne pas faire naître d'obligations, il faudrait imaginer que son objet fût de céder sans aucune garantie un bien immatériel n'impliquant aucune délivrance ni aucune autre formalité susceptible d'en tenir lieu. Or, cela ne se conçoit pas, ne serait-ce que parce que le cédant est toujours nécessairement tenu, au minimum, d'une garantie d'éviction de son fait personnel.

romain entre obligation de donner, c'est-à-dire de fournir une chose, et obligation de faire, c'est-à-dire de fournir un service. C'est sur cette base que PAUL proposa une classification quadripartite des contrats⁽¹²⁹⁾, finalement réductible à une tripartition⁽¹³⁰⁾ selon que le contrat fait naître à titre principal une ou plusieurs obligations de donner (1), une ou plusieurs obligations de faire (2), ou à la fois des obligations de donner et de faire (3).

1. Les contrats constitutifs d'une obligation de donner

356. Une espèce adaptée aux mutations de son milieu – On a assez dénoncé l'incohérence qui aurait consisté à conserver par archaïsme une obligation de transmettre la propriété au sein d'un code qui en écartait dans le même temps le principe en consacrant celui du transfert *solo consensu*⁽¹³¹⁾. À concevoir l'obligation de donner ainsi qu'on la présentait depuis le droit romain, il est certain en effet que le Code civil ne pouvait plus s'appuyer sur une obligation dont il prononçait concomitamment l'abrogation. Et, de fait, il est à peu près établi aujourd'hui que les rédacteurs, faisant défaut à POTHIER sur ce point, n'ont pas vu que, en entérinant une solution que la pratique de leur temps avait fini par généraliser⁽¹³²⁾, ils privaient de son sens historique la distinction romaine retranscrite aux articles 1101 et 1136 et suivants. L'obligation de donner aurait encore pu conserver quelque pertinence pour le cas où la cession serait intervenue sur une chose de genre ou sur un bien restant à fabriquer, si l'on n'eut pas tôt fait de rétorquer que le transfert de propriété n'est pas plus obligatoire en ces cas, l'obligation ne portant jamais que sur l'individualisation ou la fabrication du bien, et non sur le transfert proprement dit, qui découlera toujours

(129) Le schéma paulien, tel qu'exposé au Digeste (XIX, v, 5, *pr.*), ordonne les différents contrats selon ces quatre objets : *do ut des* (je te donne quelque chose afin que tu m'en donnes une autre) ; *do ut facias* (je te donne quelque chose afin que tu me rendes un service) ; *facio ut des* (je te rends un service afin que tu me donnes quelque chose) ; *facio ut facias* (je te rends un service afin que tu m'en rendes un autre).

Les systèmes doctrinaux modernes sont encore essentiellement tributaires de cette antique division. V. not. J.-F. OVERSTAKE, *op. cit.* (*supra*, note 125), qui distingue par leur objet les contrats translatifs des contrats de service. Quant à la classification tripartite que PLANIOL proposait d'établir entre contrats de service, contrats portant sur une chose matérielle et contrats portant sur des droits, elle ne s'en éloigne pas beaucoup plus : v. M. PLANIOL, « Classification synthétique des contrats », *RCLJ* 1904, pp. 470-490. Et l'on peut faire la même observation pour les systèmes similaires que l'on trouve dans les manuels contemporains. V. par ex. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil – Les obligations*, t. 2, *Contrat*, 6^e éd., Litec, 1998, n° 1160 et s., pp. 407-408, qui suggèrent de distinguer selon que les obligations portent sur une chose de genre ou un corps certain, pour les unes, et qu'elles tendent à l'exécution d'un service ou d'une abstention, pour les autres.

(130) V. par ex. J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Coignard, Paris, 1689-1697, nouv. éd., Le Clerc, Paris, 1777, 1^{re} part., liv. I^{er}, tit. I, sect. I, § IV, p. 10, qui note que « dans la vérité, ce n'est qu'un seul caractère de convention & une seule combinaison de donner d'une part, & de faire de l'autre, lequel que ce soit des deux qui commence de sa part à faire ou donner. »

(131) V. pour la seule période récente : P. BLOCH, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », *RTD civ.* 1988, p. 673 ; D. TALLON, « Le surprenant réveil de l'obligation de donner », *D.* 1992, chr., p. 67 ; M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, pp. 85-107. En défense cep. : J. HUET, « Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », in *Le contrat au début du XXI^e siècle – Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, pp. 425-439.

(132) Sur la consécration du transfert *solo consensu* dans le Code civil, v. déjà *supra*, n° 349, spéc. note 92.

ipso jure de cette condition préalable. À cet endroit pourtant, la critique prouvait déjà trop. Car, à s'y tenir, il aurait fallu en conclure que l'obligation de transmettre la propriété n'aurait *jamais* existé, même à l'époque où elle se subordonnait encore à la tradition matérielle du bien, puisque l'on aurait tout autant observé que la seule obligation véritable consistait à mettre l'acquéreur en possession, et non à transférer une propriété qui en résultait directement.

Si bien que tout invite à penser que, aujourd'hui comme hier, l'obligation de donner n'a jamais proprement visé l'obligation de transférer un droit réel, mais celle de procéder à la délivrance matérielle attachée à ce transfert juridique, peu important que celui-ci précédât ou suivît celle-là. L'obligation de restituer un bien à son propriétaire ne constitue pas moins, en cela, une obligation de donner que celle de le délivrer à un acquéreur. Et le fait même que le vendeur se fût réservé la propriété de son bien jusqu'au jour de l'entrée en possession de son acheteur ne changerait toujours pas la nature de son obligation⁽¹³³⁾. Dans tous les cas en effet, son créancier dispose de la faculté de forcer à l'exécution en recourant aux procédures de saisie et à la puissance publique chargée de les mettre en mouvement. C'est bien du reste à ce titre que l'obligation de donner s'affirme comme une espèce particulière d'obligation de faire⁽¹³⁴⁾ : elle est la seule qui puisse permettre d'en obtenir le paiement sans le concours, même contraint, du débiteur. Toute autre n'ouvre jamais droit, dans le meilleur des cas, qu'à une condamnation assortie d'une astreinte financière⁽¹³⁵⁾.

Les contrats constitutifs d'une obligation de donner correspondent donc simplement, en définitive, aux contrats translatifs de droits⁽¹³⁶⁾. La dation qu'ils opèrent peut alors être unilatérale (a) ou réciproque (b).

(133) Une clause de réserve propriété jusqu'au complet paiement du prix pose en revanche un autre problème, étant donné que, dans l'hypothèse même où le vendeur aurait accordé un délai pour le versement de ce prix (C. civ., art. 1612), l'action de l'acquéreur en délivrance forcée ne lui permettrait pas, tant que le prix n'a pas été entièrement payé, de saisir le bien entre les mains de celui qui en est resté propriétaire.

(134) Puisque donner c'est aussi faire, et que toute obligation contraint nécessairement en cela à faire, ou ne pas faire, quelque chose. Se contenter de voir dans l'obligation de donner une obligation de transmettre la propriété permettrait sans doute de ne plus la ranger parmi les obligations de faire, puisqu'il ne serait justement plus rien à faire. Mais s'il n'est plus rien à faire, c'est surtout parce qu'il n'y aurait plus même alors d'obligation.

(135) Tel est encore le sens utile de l'article 1142 du Code civil : disposer qu'une obligation de faire se résout en dommages-intérêts, c'est indiquer que l'on ne peut forcer l'exécution du débiteur qu'en exerçant sur lui une contrainte économique et non physique.

L'obligation de *dare* ne se confond donc pas plus en cela à l'obligation de *praestare*, que les juristes romains ont parfois distinguée des autres obligations de *facere* sans toutefois bien en définir le domaine, qualifiant de *praestatio* autant l'obligation de garantie ou de responsabilité que celle de mettre un bien à disposition (v. ainsi la définition de PAUL, *in* Dig., XLIV, VII, 3, *pr.*). Car, même en ce dernier cas, l'obligation de *praestare* n'implique qu'un transfert de l'usage de la chose, et non de sa propriété, ce qui la distingue fondamentalement de l'obligation de donner, et l'associe complètement dans son régime à toute autre obligation de faire (v. *infra*, n° 361).

(136) Ces contrats confèrent au créancier une action réelle en exécution si la propriété, ou son démembrement, a déjà été transmise au jour de l'introduction de l'instance, mais une action personnelle si ce transfert n'opère que par suite de l'exécution de l'obligation personnelle pesant sur le débiteur, ainsi qu'il en va notamment au cas de cession d'une chose de genre. Dans tous les cas cependant, qu'elle soit réelle ou personnelle, son action lui ouvre les voies d'exécution les plus coercitives, l'autorisant à saisir directement le bien promis entre les mains de son débiteur ou d'un tiers.

a. La dation unilatérale

357. La donation – La donation est probablement le contrat le plus élémentaire qui puisse se concevoir : l'un des contractants s'oblige en ce cas à remettre à l'autre un bien sur lequel il lui transmet un droit réel. Constitue ainsi une donation toute convention ayant pour objet de transférer la propriété d'un bien, ou son démembrement, sans contrepartie⁽¹³⁷⁾. De cette définition, il ressort trois éléments constitutifs en propre de la donation : un transfert de droit réel, portant sur un bien, et à titre essentiellement gratuit.

Les deux premiers éléments n'appellent pas de longs développements. On peut transmettre la propriété d'un bien autant que sa nue-propriété, son usufruit ou son droit d'usage ; dans tous les cas, le donateur sera toujours tenu de mettre le donataire en possession, que ce soit immédiatement ou à terme. Et la qualification de l'acte ne dépend pas de la nature du bien : on transmet aussi efficacement un droit réel attaché à un bien matériel que portant sur un bien immatériel, tel qu'une créance⁽¹³⁸⁾. Si bien que céder à titre gratuit un droit personnel plutôt que réel, c'est encore réaliser une donation.

Encore faut-il qu'il s'agisse effectivement d'un bien, c'est-à-dire d'une chose objet d'appropriation, d'une part, et constitutive d'une certaine valeur, d'autre part. Une chose dont la valeur est négative ne constituerait pas un bien mais un déchet, en sorte que le propriétaire qui s'en débarrasserait entre les mains d'un récupérateur n'en ayant aucun usage ne réaliserait pas ce faisant une libéralité mais profiterait, tout au contraire, d'un service qui lui serait rendu⁽¹³⁹⁾.

(137) L'article 894 du Code civil définit la donation, entre vifs, comme « *un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte.* » À cette définition, on peut notamment reprocher : de ne pas mettre en évidence le caractère essentiellement gratuit de l'opération ; de laisser accroire, en insistant sur le caractère actuel du dépouillement, que la donation ne pourrait supporter ni terme suspensif ni réserve de jouissance ; de faire de l'irrévocabilité de la libéralité une condition de son existence plutôt que de sa validité ; de limiter en revanche les cas de retour prohibé à la seule révocation par le donateur en laissant de côté celui qui résulterait de la stipulation d'un terme extinctif.

(138) La démonstration de GINOSSAR est restée sur ce point indépassable : v. *Droit réel, propriété et créance – Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960. Pour l'admission, en droit positif, de la qualification de bien appliquée à une créance, v. not. CEDH, 6 oct. 2005, deux arrêts, n° 11810/03, *Maurice c. France*, et n° 1513/03, *Draon c. France* ; D. 2005, IR, p. 2546, note M.-C. de Montecler ; RTD civ. 2005, p. 743, obs. J.-P. Marguénaud, et p. 798, obs. Th. Revet ; puis 1^{re} civ., 24 janv. 2006, *Bull.*, I, n° 31 ; *Gaz. Pal.* 2006, p. 475, concl. J. Sainte-Rose ; RTD civ. 2006, p. 263, obs. J.-P. Marguénaud ; CCC 2006, n° 76, note L. Leveneur ; *Dr. fam.* 2006, n° 105, note B. Beignier. L'article 529 du Code civil l'exprimait d'ailleurs déjà assez clairement. Plus réservé cep. : J. FRANÇOIS, « Les créances sont-elles des biens ? », in *Liber amicorum Christian Larroumet*, Economica, 2010, pp. 149-180.

(139) Le tout dépendant cependant, comme chaque fois que l'on discute de l'existence d'un contrat, de l'intention des parties : il suffira que l'une ou l'autre ait trouvé un usage à cette chose pour lui conférer une valeur subjective, même infime, et la rétablir dans sa qualité de bien objet de donation. Ce en quoi la cession à l'euro symbolique du contrôle d'une société exsangue constitue aussi une libéralité, même déguisée : v. *infra*, n° 360, spéc. note 168. Pour la même raison, celle qui porterait sur une chose insusceptible d'appropriation, pour être par exemple commune à tous (C. civ., art. 714), serait plutôt nulle qu'inexistante (art. 1128), dès lors que les intéressés auront sérieusement cru pouvoir se l'approprier, d'abord, et la transférer ensuite.

Le dernier critère appelle toutefois plus de précisions. Le caractère gratuit⁽¹⁴⁰⁾ de l'aliénation est d'abord l'objet d'une appréciation objective. La seule absence de contrepartie suffit à l'établir, sans que l'existence de la donation dût dépendre de la modicité de la chose transmise, dont la valeur pourrait même être à peu près nulle⁽¹⁴¹⁾ ; et le fait que le disposant ait été essentiellement mû par des mobiles étrangers à toute idée de gratification n'y changerait encore rien⁽¹⁴²⁾. Dans tous les cas, l'élément matériel contient en lui l'élément psychologique : dès lors que les parties auront voulu transférer un bien sans la moindre contrepartie, l'intention libérale sera suffisamment établie, et avec elle la donation⁽¹⁴³⁾.

Ce n'est que dans l'hypothèse où la dation s'accompagnerait d'une contrepartie stipulée en faveur du disposant qu'il importerait de vérifier distinctement les éléments matériel et psychologique de la donation. En ce cas en effet, l'acte pourra encore répondre à la qualification de donation avec charge mais à la double condition que la valeur du bien fourni par le donateur soit supérieure à celle de la prestation obtenue en contrepartie⁽¹⁴⁴⁾, et

(140) L'acte à titre gratuit et l'acte unilatéral sont une seule et même chose (arg. C. civ., art. 1106, *a contrario*). Si l'on peut maintenir la gratuité du contrat en présence d'une contrepartie de nature accessoire, celle-ci ne fait donc pas plus obstacle, dans la même limite, à la qualification de contrat unilatéral. Le contrat de bienfaisance, quant à lui, est susceptible de se concevoir différemment selon que l'on définit le bienfait d'un point de vue purement objectif, ce qui l'assimilerait en tout point à l'acte à titre gratuit (art. 1105), ou d'un point de vue subjectif qui imposerait de contrôler en outre que l'intention de l'auteur ait été principalement motivée par la volonté de prodiguer un avantage à son cocontractant. En fonction, le cautionnement, acte unilatéral, constituera donc ou non un contrat de bienfaisance. La libéralité, enfin, est l'acte à titre gratuit consistant dans l'attribution d'un bien : c'est la donation, et c'est le testament (art. 893).

(141) Les dons d'usage sont donc toujours des donations, et des libéralités, même si l'on présume leur nature extra-contractuelle : v. *supra*, n° 269, spéc. note 62.

(142) Lorsque le disposant ne cherche qu'à satisfaire sa volonté purement égoïste de se libérer d'un bien qui l'encombre, ou qu'il jugerait même autrement nuisible, et que l'*accipiens* lui-même estime lui rendre service en l'en débarrassant, aucun des deux ne situe le bienfait du côté de ce transfert de propriété. Il s'agit pourtant toujours d'une donation, et donc d'une libéralité, dès lors que l'une et l'autre partie n'auront pas ignoré que ce bien présente objectivement une certaine valeur économique. Et il suffit de cette conscience pour constituer l'intention libérale, sans autre considération pour les mobiles plus profonds qui en sont à l'origine. Il en résulte que, même dans une telle hypothèse, le donataire ne pourra pas forcer à l'exécution d'un engagement resté purement verbal (C. civ., art. 931).

Dans ses hésitations, la jurisprudence tendrait cependant à écarter la qualification de libéralité lorsque le donateur a indirectement recherché un intérêt personnel, au moins en ce que la Cour de cassation ne reproche pas alors aux juges du fond de ne pas avoir conclu à l'existence d'une intention libérale en présence d'un tel intérêt. V. par ex. Req., 27 janv. 1887, *DP* 1888, I, p. 303 ; Civ., 9 déc. 1913, *Gaz. Pal.* 1914, I, p. 229 ; *DP* 1919, I, p. 29, rappelant qu'« une libéralité n'existe qu'autant qu'on rencontre chez le donateur l'intention de gratifier ». Ou encore 1^{re} civ., 1^{er} juin 1977, *Bull.*, I, n° 259 ; *Defrénois* 1977, art. 31582, n° 115, p. 1603, obs. G. Champenois, qui approuve la cour d'appel d'avoir jugé que l'intention libérale n'était pas suffisamment établie en l'état d'une cession à titre gratuit accordée pour se débarrasser du donataire. La loi ne paraît pourtant pas autoriser cette analyse, qui reconnaît l'existence de libéralités consenties par les commerçants, lesquels, à travers la gratification des bénéficiaires, poursuivent toujours la satisfaction d'un intérêt mercantile. Sur cette critique, v. not. M. GRIMALDI, *Libéralités – Partages d'ascendants*, Litec, 2000, nos 1005 à 1008, pp. 11-18. Ce n'est plus alors que par voie de conséquence que les donations rémunératoires se voient elles-mêmes soustraites à la qualification de libéralités : v. *supra*, n° 276, *in medio*.

(143) Ce critère matériel exclut donc la dation en paiement de la qualification de donation, puisque la dation trouve en ce cas sa contrepartie dans l'extinction de la dette. La donation rémunératoire, en revanche, est bien une libéralité : l'extinction d'une dette purement morale n'est pas une contrepartie juridique à la dation (v. *supra*, *ibid.*).

(144) Civ., 28 nov. 1938, *DH* 1939, p. 17 ; 1^{re} civ., 26 avril 1972, *Bull.*, I, n° 109. Dans l'hypothèse contraire, la donation avec charge s'analyserait en réalité comme un louage d'ouvrage avec prix payable en nature.

(suite p. suiv.)

que les contractants aient eu ce faisant l'ambition de procurer un avantage au donataire⁽¹⁴⁵⁾. La cause finale de la dation ne résidera pas seulement alors dans la prestation attendue en contrepartie, mais, avant toute chose, dans la gratification ainsi opérée. C'est par ce double examen que l'on pourra vérifier si l'échange réalisé par les parties ne masque pas une donation déguisée ou si, à l'inverse, la libéralité ostensiblement consentie ne constitue pas une donation feinte dissimulant un acte à titre onéreux.

La gratuité essentielle de la donation fait encore l'objet d'un contrôle particulier au cas de donations mutuelles, c'est-à-dire de deux dations unilatérales mais croisées, simultanément ou successivement. Il s'agit alors de s'assurer que les parties ne se sont pas contractuellement entendues au sein du même accord afin d'obliger le premier donataire à se dépouiller à son tour en contrepartie de la gratification reçue. Si un tel engagement est établi, alors les deux donations, trouvant leur cause l'une dans l'autre, ne formeront qu'un seul contrat, à titre onéreux, justiciable de la qualification d'échange ou de vente⁽¹⁴⁶⁾.

La donation, en plus de constituer un acte essentiellement gratuit, doit-elle également opérer un transfert perpétuel de la propriété ? La question mérite d'être posée si l'on observe que le droit français répugne à toute donation stipulée sous terme extinctif ou sous condition de révocation par le donateur, n'admettant le retour du bien qu'assujéti à une condition résolutoire casuelle *ex parte debitori*, seule à même de garantir que le donateur ait procédé à une aliénation définitive. Mais les donations à terme ou révocables ne sont pas disqualifiées comme étant inexistantes : elles sont nulles, et dès lors toujours reconnues comme telles (e.g. C. civ., art. 943 à 945). Le caractère perpétuel du transfert opéré par la donation n'est donc pas un élément constitutif de celle-ci, mais une condition de validité, qui trouve sa cause, non dans l'essence de la donation, mais dans celle du droit de propriété⁽¹⁴⁷⁾. Il suffit à cet égard de remarquer que la solution est justement contraire pour la donation en usufruit : en ce cas en effet, et pour la même raison, le terme extinctif redevient de droit, et même nécessaire, comme le symptôme de la nue-propriété restée au

En ce sens : M. BOUYSSOU, *Les libéralités avec charges en droit civil français*, th. Toulouse, 1945, Sirey, 1947, p. 217 et s. ; J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, th. Toulouse, LGDJ, 1955, n° 18 et s. Plus précisément, il s'agira de déterminer quelle fut l'intention véritable des contractants. Ont-ils ignoré le fait que la valeur de la charge dépassait celle de l'émolument ? Leur donation serait nulle pour objet matériellement impossible, faute de tout enrichissement du « gratifié ». L'ont-ils su au contraire, ou au moins envisagé ? Alors seulement la donation serait proprement inexistante. Dans les deux cas cependant, le contrat pourra être sauvé de l'anéantissement, par conversion dans le premier, et par requalification dans le second.

(145) 1^{re} civ., 2 mars 1966, *Bull.*, I, n° 153, qui, faute de preuve de l'intention libérale, refuse de qualifier de donation la cession intervenue contre paiement d'un prix inférieur à la valeur du bien vendu ; ou encore 14 févr. 1989, *Bull.*, I, n° 79 ; *Defrénois* 1992, art. 35192, obs. A. Chappert. Mais ici encore, il importe peu que cette intention libérale ait été elle-même motivée par la recherche d'un intérêt personnel pour le donateur.

(146) L'échange suppose que les deux dations soient liées par un rapport de causalité, d'une part, et qu'elles aient été convenues en même temps, de l'autre : si le premier donataire acceptait, une fois la donation conclue, de gratifier à son tour le donateur en raison du bien reçu, il s'agirait toujours d'une donation mutuelle, et non d'un échange.

(147) V. *supra*, n° 291, *in fine*.

disposant. Une donation temporaire en pleine propriété ne constituerait donc pas moins une donation si sa validité était admise en droit français⁽¹⁴⁸⁾.

Si bien que la donation connaît en définitive trois causes principales et spécifiques d'inexistence, l'une relative à la qualité de la chose transmise, les deux autres à la présence d'une éventuelle contrepartie. La donation s'analyserait en premier lieu comme une prestation de service rendu par l'*accipiens* si elle portait sur une chose dépourvue, objectivement et subjectivement, de toute valeur. Elle contreviendrait tout autant, en outre, à sa définition s'il manquait l'élément matériel ou moral condition de sa gratuité essentielle. La libéralité sera ainsi requalifiée en acte à titre onéreux si elle donne lieu, en connaissance de cause, à une prestation réciproque d'une valeur au moins égale à celle du bien transmis ; et elle le sera encore s'il est convenu d'une contrepartie quelconque et que l'acte n'a pas été motivé alors par l'enrichissement de l'*accipiens*.

358. La fiducie-sûreté – Le contrat de fiducie est la convention par laquelle un constituant cède, sans intention libérale, la propriété de l'un ou plusieurs de ses biens à un fiduciaire, à charge pour celui-ci de le restituer au terme convenu, au constituant ou à un tiers⁽¹⁴⁹⁾. Ainsi définie cependant, la fiducie n'est pas encore un contrat spécial : il faut de surcroît en connaître la cause pour en déterminer l'espèce. S'agit-il de faire peser sur le fiduciaire l'obligation d'assurer la gestion des biens qui lui sont confiés ? L'opération s'analyse en ce cas comme une fiducie-gestion (*fiducia cum amico*), contrat de nature synallagmatique se rangeant sous le genre du louage d'ouvrage. S'agit-il au contraire de conférer par là au fiduciaire une sûreté réelle en garantie de sa créance ? Alors seulement sera-t-on en présence d'une fiducie-sûreté (*fiducia cum creditore*), contrat unilatéral convenu au seul profit du créancier mis en possession⁽¹⁵⁰⁾.

À la différence de la donation et de la constitution de rente, la fiducie-sûreté ne procède donc pas d'une intention libérale : le constituant n'entend pas enrichir son créancier, mais seulement le garantir de son paiement. Si l'intention du constituant était de gratifier le

(148) Pour l'heure, elle sera le plus souvent requalifiée en donation d'usufruit, considérant que les effets de cette dernière correspondent, sauf la nature du droit intérimaire restant au donateur, à ceux d'une donation temporaire en pleine propriété. Dès lors en revanche qu'elle postule la volonté de gratifier le donataire, la qualification de donation, même temporaire, met obstacle à celle de fiducie : v. *infra*, n° 358.

(149) Rappr. C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, th. Strasbourg, 1979, Economica, 1981, n° 16, p. 15 : « la fiducie est l'acte juridique par lequel une personne, le fiduciaire, rendue titulaire d'un droit patrimonial, voit l'exercice de son droit limité par une série d'obligations, parmi lesquelles figure généralement celle de transférer le droit au bout d'une certaine période soit au fiduciant, soit à un tiers bénéficiaire. » ; ou encore, très proche, M. GRIMALDI, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois* 1991, art. 35085, pp. 897-922, n° 1, *in limine*. Comp. la définition légale, passablement alambiquée, posée à l'article 2011 du Code civil (L. 2007-211 du 19 févr. 2007).

(150) Sur cette utilisation de la propriété comme titre de garantie, v. not. P. CROCQ, *Propriété et garantie*, th. Paris II, 1992, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 248, 1995, spéc. n° 296, pp. 249-250, où l'auteur démontre en quoi la fiducie, en l'hypothèse, constitue bien une sûreté.

On doit à Claude WITZ l'introduction en France de cette théorie duale de la fiducie, *op. cit.* (*supra*, note préc.), spéc. n° 55, p. 54, où il est rappelé que la distinction était déjà romaine avant de devenir germanique. V. égal. M. GRIMALDI, art. préc. (*supra, ibid.*), n° 1, p. 898 : « Ainsi définie, elle apparaît comme un mécanisme abstrait : elle ne dévoile point ses utilités. Celles-ci sont pourtant multiples, et permettent de distinguer (en simplifiant) la fiducie-gestion de la fiducie-sûreté. »

fiduciaire, il ne s'agirait plus d'une fiducie mais, selon la personne du bénéficiaire final, d'une donation graduelle (C. civ., art. 1048), ou d'une donation temporaire, prohibée comme telle⁽¹⁵¹⁾. Que la donation fût valable, dans le premier cas, ou nulle, dans le second, la fiducie, ainsi requalifiée, serait en toute hypothèse inexistante (art. 2013).

La séparation des biens transmis au fiduciaire de son patrimoine propre n'est pas, en revanche, un effet nécessaire de la fiducie. Dès lors qu'il en est fait propriétaire, cette masse a tout au contraire vocation naturelle à intégrer son patrimoine. Sans doute est-il bien tenu de les restituer au jour du paiement de la dette garantie, mais cette obligation pourrait tout aussi bien être personnelle plutôt que réelle. De même, plutôt que nulle comme réalisée sans droit, l'aliénation qu'il ferait de l'un de ces biens pourrait être pleinement valable, sauf sa responsabilité éventuelle envers le constituant. Ce n'est donc pas par nécessité, mais par seule utilité que l'article 2025 du Code civil organise cette séparation des patrimoines. Il s'agit notamment par là de soustraire la masse de ces biens au gage des créanciers du fiduciaire pour toute dette étrangère à leur conservation ou à leur gestion. Il était dès lors possible de définir la fiducie sans faire référence à l'existence d'un patrimoine d'affectation comme l'a fait le législateur français.

Peu importerait ainsi pour la qualification de la convention que les parties aient omis de faire interdiction au fiduciaire de mêler les biens confiés à ceux de même genre dont il disposerait déjà. Peut-être méconnaîtrait-il ce faisant une obligation légale, sinon même contractuelle si l'on veut forcer la convention en ce sens, mais le point ne mettra pas obstacle à l'existence de la fiducie. Pour l'empêcher de paraître, il sera bien plus déterminant de transférer le bien à titre définitif, ou à titre temporaire mais animé encore de la même intention libérale à l'égard du fiduciaire. Dans ces deux cas en effet, il ne s'agira plus de fiducie mais de donation, fût-elle valable ou nulle selon les conditions de validité communes à l'espèce. Quant à l'existence plus spécifique de la fiducie-sûreté, elle faillira de son côté dans l'hypothèse, notamment, où le bien aurait été confié, en connaissance de cause⁽¹⁵²⁾, à un fiduciaire dépourvu de toute créance contre le constituant : cette convention répondra mieux alors à la qualification de fiducie-gestion, acte à titre onéreux plutôt que gratuit. S'agissant ici des contrats purement translatifs, les contrats à titre onéreux sont ceux qui réalisent une dation réciproque.

b. La dation réciproque

359. L'échange *stricto sensu* – On peut difficilement mieux définir le contrat d'échange que ne le fait l'article 1702 du Code civil en énonçant que « *L'échange est un*

(151) V. *supra*, n° 357, *in fine*.

(152) Si les parties avaient cru par erreur à l'existence de cette créance, la fiducie-sûreté ne serait plus inexistante mais nulle pour objet matériellement impossible, consistant à garantir une dette imaginaire, et le fiduciaire sans droit tenu alors de restituer le bien transmis.

contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre. » Tout au plus cette définition appelle-t-elle quelques précisions.

En premier lieu, la dation réciproque constitutive de l'échange peut se faire en propriété, naturellement, mais elle peut aussi transférer tout autre droit réel démembré. La commutation de l'usufruit sur un bien et d'un droit réel d'usage sur un autre réalise aussi un échange au sens des articles 1702 et suivants du Code civil. La nature des biens échangés est elle-même sans influence sur la qualification du contrat, celui-ci pouvant porter sur des choses de toutes sortes, corporelles ou non. Il importe seulement de contrôler que l'une des deux, et seulement l'une d'elles⁽¹⁵³⁾, ne consiste pas en une somme d'argent⁽¹⁵⁴⁾.

Pour vérifier l'existence d'un échange *stricto sensu* il faut donc s'assurer de la nature de la contrepartie, qui ne doit pas tenir dans une monnaie ayant cours légal, non plus que dans un service. À défaut il s'agirait d'une vente, dans le premier cas⁽¹⁵⁵⁾, ou d'un contrat d'entreprise, dans le second⁽¹⁵⁶⁾, et le contrat d'échange serait inexistant pour sa propre part. Il n'importe pas moins par ailleurs d'apprécier l'équilibre des prestations en présence, et de veiller alors à écarter l'échange du voisinage de la donation. Lorsque, en particulier, la valeur de l'un des deux biens échangés apparaît dérisoire par rapport à la contrepartie obtenue, l'échange est soumis à la double menace de sa nullité, pour absence de cause, ou de son inexistence, par requalification en donation déguisée, si telle a été l'intention de ses parties. À plus forte raison, cette qualification de donation s'évincerait-elle du caractère strictement fictif de l'une des deux dations : si l'un des deux copermutants se trouvait être déjà propriétaire du bien qui lui serait prétendument attribué, l'échange serait encore justiciable de l'alternative précédente. Et si même cette différence n'était pas si importante que l'on dût annuler la convention, on pourrait encore démontrer que le coéchangiste le plus généreux était en réalité animé d'une intention libérale qui impliquera, là encore, de constater l'inexistence de l'échange pour le requalifier en donation avec charge⁽¹⁵⁷⁾. Hors même toute appréciation de la valeur respective des biens échangés, la donation guettera encore sous l'auspice du contrôle de la cause : qu'il soit démontré en effet que l'une seulement des deux dations ne trouvait pas sa raison d'être dans l'autre, en sorte que l'inexécution de la seconde ne remettrait pas en question le transfert réalisé en exécution de

(153) Si les choses objet de l'échange sont toutes deux des sommes d'argent, par hypothèse de monnaie différente, il s'agit d'un contrat de change, lequel n'est rien d'autre qu'une variété du contrat d'échange.

(154) V. sur ce point A. BARDET-BLANVILLAIN, *L'échange*, th. Paris II, 2002, n° 85, p. 56 : « L'absence de monnaie-moyen de paiement est un trait caractéristique du contrat d'échange, et nous pensons qu'il s'agit d'un trait essentiel. Mais il convient tout de même de rappeler que cette absence de monnaie est relative dans le sens où une soule peut être prévue par les parties pour équilibrer le contrat. Par conséquent, lorsque l'on dit que l'exclusion de la monnaie comprise comme moyen de paiement est de l'essence du contrat d'échange, on entend par là que la monnaie ne peut pas être l'objet de l'obligation principale d'un échangiste. »

(155) V. *infra*, n° 360. La vente peut être une espèce d'échange, elle n'en est pas moins une espèce particulière, qui répond à une qualification propre et commande un régime juridique distinct.

(156) V. *infra*, n° 371.

(157) V. *supra*, n° 357, spéc. note 144.

la première, et l'échange s'effacera à nouveau, au profit de la qualification de libéralité mutuelle⁽¹⁵⁸⁾.

360. La vente – Selon l'article 1582 du Code civil, « *La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer.* » D'emblée, cette définition s'expose à deux griefs. Le premier, qui n'est pas le moindre, est qu'il ne s'y trouve pas indiqué que la vente est translatrice de propriété. L'obligation de livrer une chose n'implique pas nécessairement en effet que la délivrance intervienne en exécution d'un tel transfert : on peut tout aussi bien contracter cette obligation en conséquence d'un droit d'usage ou de jouissance conféré au créancier, et ce encore à titre réel ou personnel. Quant à l'obligation de l'acquéreur, cet article oublie de la définir : il est bien dit que la délivrance s'opère à titre onéreux, mais nullement en quoi consiste cette contrepartie, puisque, juridiquement, un paiement n'est rien d'autre que l'exécution d'une obligation. À cette définition on préférera donc la suivante : la vente est la convention par laquelle le vendeur transfère la propriété d'une chose contre un prix payable en argent.

De cet énoncé, il s'évince que le contrat de vente réunit trois effets essentiels : un transfert de propriété sur une chose, contre un prix, payable en argent. Qu'il manque l'un seul d'entre eux, dans l'intention même des parties, et il sera établi qu'elles n'auront pas voulu conclure une vente⁽¹⁵⁹⁾. L'obligation de délivrance est bien elle aussi indispensable, mais elle ne fait que se déduire du transfert de propriété : l'acquéreur entrera forcément, un jour ou l'autre, en possession du bien acheté, parce qu'il en est le propriétaire⁽¹⁶⁰⁾. La garantie d'éviction du fait personnel, seule garantie du vendeur à ne pouvoir jamais être écartée, est également un effet nécessaire de la vente, mais là encore elle ne fait que se déduire du transfert réalisé : le vendeur ne peut pas plus que tout autre tiers porter atteinte à la jouissance d'un propriétaire sur son bien.

(158) V. *supra*, n° 357, spéc. note 146.

(159) Il faut se déprendre dès lors de la leçon du droit romain, telle que la dispensait encore R.-Th. TROPLONG, *op. cit.* (*supra*, note 89), n° 6, p. 14 : « On voit donc, par la définition donnée par le Code, quels sont les caractères de la vente et les signes qui la distinguent des autres contrats. Ils sont clairs et précis. Il faut : 1° Une chose que l'on s'oblige à livrer. 2° Un prix que l'on s'oblige à payer. 3° Enfin, un consentement certain de part et d'autre, condition essentielle dans tout contrat. C'est ce que les interprètes du droit romain ont résumé par ces mots, *res, pretium, consensus*. Toutes les fois que ces trois conditions ne se réaliseront pas, il n'y aura pas de vente. » Car tous les éléments constitutifs du contrat – la chose comme le prix – ne conditionnent jamais son existence que pour ce que les parties en ont convenu, de sorte que tous ne se ramènent finalement qu'au consentement. Hors de celui-ci, la réalité matérielle de ces éléments ne conditionne plus l'existence mais la validité du contrat. Rapp. R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, préc. (*supra*, note 90), n° 38, p. 16 : « Le consentement sur la vente consistant dans le concours de la volonté que le vendeur a dû avoir de vendre, et de celle que l'acheteur a dû avoir d'acheter, il n'y a pas de contrat de vente, s'il paraît par les circonstances que les parties n'ont pas eu la volonté de vendre ni d'acheter, mais plutôt de déguiser un autre contrat sous la fausse apparence d'un contrat de vente. »

V. not., à propos du prix, J.-B. DUVERGIER, *op. cit.* (*supra*, note 88), n° 146, p. 162 ; Ch. AUBRY et Ch. RAU, *loc. cit.* (*supra*, note 110) ; M. PLANIOL, *op. cit.* (*supra*, note 18), t. II, 1923, n° 1378, p. 468 : « Il n'y a point de vente tant qu'il n'y a pas de prix fixé. »

(160) Le fait que le vendeur s'en fût réservé la jouissance personnelle n'y changerait rien : le constitut possessoire ne peut pas être plus que viager, de même que l'usufruit trouve son terme nécessaire dans le décès de l'usufruitier. De sorte que, ce terme échu, le bien retournera toujours à son propriétaire.

Pratiquement cependant, le terme de vente ne s'emploie qu'appliqué au transfert de propriété d'une chose matérielle. Le transfert à titre onéreux d'un droit réel démembré sur cette chose, ou le transfert de tout droit sur un bien incorporel, répond à la qualification plus générique de cession, dont la vente n'est finalement qu'une variété, pour autant au moins que la cession s'effectue contre paiement d'un prix en argent. À l'espèce désignée par la qualification de vente, on associera donc, ainsi que le fait le Code, la **cession de créance** des articles 1689 et suivants du Code civil. La **subrogation conventionnelle** est elle-même un type de cession de créance, considérant que le créancier, titulaire d'un droit personnel sur un tiers débiteur, ne fait rien d'autre alors que céder ce droit à un acquéreur qui, en l'en désintéressant, en paye le prix. Que ce dernier soit de nature pécuniaire, et on sera bien en présence d'une opération similaire à une vente. En ces cas donc, on peut encore conclure, par association, à son existence. En beaucoup d'autres en revanche, la vente disparaîtra en venant s'échouer sur une espèce voisine.

La première hypothèse serait celle dans laquelle le prix de la vente consisterait en la prestation d'un service, ce qui viserait aussi bien celle dans laquelle les parties fixeraient leur prix tout en prévoyant, dans la même convention ou plus tard, de le payer en nature⁽¹⁶¹⁾. En cette circonstance en effet, il ne s'agirait plus proprement d'une vente mais d'un contrat resté innommé, où le bien s'échange contre un service. Cette disqualification ne devrait toutefois pas faire obstacle à l'application *mutatis mutandis* du régime de la vente, voire du contrat d'entreprise, selon qu'il apparaîtra que la prestation caractéristique portait plutôt, aux yeux des parties, du côté du transfert de propriété ou du service⁽¹⁶²⁾.

Mais le contrat le plus proche de la vente est certainement à cet égard l'échange strictement défini. La spécificité de l'obligation de l'acheteur menace en effet la vente d'un retour à cette qualification de genre pour le cas, précisément, où cette prestation ne serait plus spécifique. Si, en premier lieu, les deux dations, et non l'une seule, portent réciproquement sur un objet pécuniaire, il n'y a plus de contrat de vente, mais un contrat de change, s'il s'agit par là d'échanger des devises, voire une donation si les sommes échangées ne sont pas de même montant. Hors même cette hypothèse, il faudra toujours vérifier la nature proprement monétaire du prix convenu, ce qui suppose que cette monnaie ait cours légal et puisse donc être échangée contre une autre. Un paiement opéré dans une ancienne monnaie ne réaliserait pas une vente mais un échange. Inversement, celui versé en une matière qui, tel que l'or, a cours légal mais ne constitue pas une monnaie, susciterait la

(161) Réalisée après la conclusion, cette conversion du prix opérerait novation de la vente en cette nouvelle espèce contractuelle. Sur cette opération, v. *infra*, nos 379 et 381.

(162) À quoi la valeur respective des prestations échangées servira alors pour établir, par présomption au moins, l'intention des contractants. *Contra* cep. : 1^{re} civ., 20 févr. 2008, *Bull.*, I, n° 56 (RDC 2009, p. 549, obs. A. Bénabent), qui soumet encore un tel contrat à la qualification de vente afin d'en rescinder le lien pour « *vileté du prix* » – c'est-à-dire on suppose pour prix lésionnaire, puisque l'annulation pour contrepartie dérisoire relève quant à elle du droit commun des contrats synallagmatiques.

même requalification⁽¹⁶³⁾. D'où encore la difficulté de distinguer parfois la vente de l'échange avec soulte, n'étant pas assuré que les parties aient exactement apprécié la valeur respective du bien et de la soulte, ni même entendu en faire dépendre la nature de leur accord. Il faudra pourtant bien user de ce critère, seul élément objectif à disposition, pour pouvoir isoler l'une de l'autre. Il y aura ainsi échange avec soulte, et non vente, dès lors que la valeur du bien dépassera ou égalera même celle de la part versée en numéraire⁽¹⁶⁴⁾. Ce qui ne met pas obstacle à l'application du régime contractuel correspondant à la qualification adoptée par les parties, pour le peu que cela implique en l'occurrence⁽¹⁶⁵⁾.

Mais le rapprochement naturel de la vente et de l'échange a aussi pour effet d'assujettir la première aux causes d'inexistence de ce dernier, et au risque de requalification en donation en particulier. Toute cession dont le prix ne correspondrait pas précisément à la valeur du bien transmis présente ce risque, dès lors que peut être établie l'intention libérale du débiteur de la plus importante des deux datations⁽¹⁶⁶⁾. Surtout, la vente dont le prix serait manifestement dérisoire invitera à examiner d'emblée si les parties n'ont pas poursuivi en réalité la formation d'une libéralité, seule voie de validation d'une convention menacée sinon de nullité pour absence de cause⁽¹⁶⁷⁾. S'il est établi en particulier que le prix stipulé

(163) V. par ex. R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, préc. (*supra*, note 90), n° 30, p. 13 : « Le prix pour lequel on vend une chose, doit consister en une somme de deniers que l'acheteur s'oblige de payer au vendeur. S'il consistait dans toute autre chose, le contrat ne serait pas un contrat de vente, mais plutôt un contrat d'échange ».

(164) À valeur identique, on sera porté à faire prévaloir le bien, toujours spécifique, sur la monnaie, qui l'est moins, et qui présente pour cette raison une valeur moins déterminante. En ce sens, v. not. J.-F. OVERSTAKE, *op. cit.* (*supra*, note 125), p. 32 : « en présence d'un contrat comportant l'obligation de payer un prix, la prestation essentielle ne sera pas la prestation que doit fournir le débiteur du prix, ce sera la prestation due par l'autre partie ». De la même manière donc que, dans une vente, la prestation caractéristique est du côté du transfert de propriété plutôt que du paiement du prix : v. régl. 593/2008/CE du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (*Rome I*), art. 4, § 1, a, et § 2. Et pour le louage, v. *infra*, n° 367.

(165) Le point n'importera guère en effet que pour l'exclusion de toute action en rescision du vendeur d'immeuble au cas de lésion des sept douzièmes, appréciée en l'occurrence sur la base de la valeur cumulée du bien échangé et de la soulte qui l'accompagne (C. civ., art. 1706). Comp. J. HAMEL, *op. cit.* (*supra*, note 99), n° 403, p. 519, qui estime que la volonté des parties doit commander non seulement le régime mais aussi la qualification, même si les valeurs respectives ne correspondent objectivement pas à celle-ci. À quoi on fera observer que, précisément, la requalification se fonde bien sur la volonté des parties, puisque le juge ne fera jamais en renommant leur contrat que « restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée » (C. proc. civ., art. 12, al. 2), dût-il s'en tenir par ailleurs aux effets qu'elles auraient recherchés. Les contractants prétendraient en vain que leur convention constitue une vente s'il s'agit objectivement d'un échange : tout ce que l'on en déduira, c'est qu'ils auront voulu appliquer le régime de la vente à leur échange, ce qu'on leur accordera dans la limite des règles disponibles. Sur ce mécanisme, v. égal. *infra*, *eod. num.*, à propos de la requalification de la vente à vil prix en donation.

(166) Rapp. *supra*, n° 359, spéc. note 157.

(167) Soumise à l'alternative de la nullité ou de la requalification, il semble difficile de proposer pour troisième voie que la vente à vil prix puisse provoquer l'inexistence de tout contrat absolument. En ce sens pourtant : 1^{re} civ., 20 oct. 1981, *Bull.*, I, n° 301 (*D.* 1983, p. 73, note. Ch. Larroumet ; *RTD civ.* 1983, p. 171, obs. J. Patarin), qui juge le contrat, et non seulement la vente, inexistant pour défaut de prix sérieux. Une telle conclusion implique en effet que les parties n'aient pas cherché à former le moindre engagement, alors pourtant que, si elles n'ont pas vraiment voulu payer un prix, il n'est pas douteux en revanche qu'elles aient au moins souhaité transférer la propriété du bien, en sorte que l'inexistence de la vente ne devrait être que relative, et ne pas faire obstacle à sa requalification en donation déguisée. Pour une meilleure analyse, v. ainsi J.-B. DUVERGIER, *op. cit.* (*supra*, note 88), n° 149, p. 178 : « Lorsqu'un contrat ne peut subsister comme vente, en ce qu'il manque d'un élément essentiel, le prix, il vaut comme donation, si l'intention du vendeur apparent a été de donner ; mais il faut que cette intention soit démontrée : sans cela, la vente est nulle. » Comp. du reste 1^{re} civ., 12 déc. 1984, *Olagnon c. Soc. Engelbel Siemens*, pourvoi n° 83-13350, qui valide, même dans les termes les plus confus, (*suite p. suiv.*)

avait une valeur purement symbolique, la qualification de donation déguisée sera acquise⁽¹⁶⁸⁾, dût-on lui appliquer dans ses effets les règles désignées par les parties : symbole d'une qualification fictive, la stipulation d'un prix manifesterait selon toute vraisemblance leur volonté de rattacher la convention au régime de la vente et, spécialement, de soumettre le donateur aux obligations de garanties d'un vendeur⁽¹⁶⁹⁾. Inexistante dans son essence, la vente trouverait ainsi à développer néanmoins certains de ses effets par transport de ses règles sur une autre convention⁽¹⁷⁰⁾. Ce phénomène de transposition se rencontre du reste pour toutes sortes de contrats, translatifs ou non, et donc aussi pour ceux constitutifs d'une obligation de faire.

2. Les contrats constitutifs d'une obligation de faire

361. Une famille nombreuse – L'obligation de faire est l'obligation la plus générale : ne pas faire et donner sont aussi faire, et si la dernière en forme une espèce distincte, la première n'en est que l'aspect négatif, ne prêtant à aucune conséquence particulière⁽¹⁷¹⁾. C'est dire que les contrats créateurs d'une obligation de faire sont les plus divers qui puissent se penser, variant infiniment en fonction de l'objet de la prestation, et que les quelques contrats nommés ici par le Code sont loin de parcourir l'étendue de cette diversité.

Parmi ceux-là, il faut comprendre toutes les conventions emportant mise à disposition d'un bien en vue d'en concéder la jouissance à titre personnel. Contrairement à ce que l'on défend parfois en effet⁽¹⁷²⁾, cette prestation ne paraît pas réclamer l'application d'un régime

une cession convenue pour un prix de zéro franc qui ne pouvait être « *considérée comme inexistante en raison d'une nullité absolue* » dès lors que le cessionnaire se chargeait du passif.

(168) Pour la qualification de donation déguisée appliquée à une vente conclue pour un franc symbolique : 1^{re} civ., 29 mai 1980, *Bull.*, I, n° 164 ; *Defrénois* 1980, p. 1562, obs. G. Champenois.

(169) Pour le rattachement de la vente à prix symbolique au régime de la vente mais sans sa qualification, v. M. CAFFIN-MOI, *Cession de droits sociaux et droit des contrats*, th. Paris XI, 2007, Economica, coll. Rech. jur., vol. 21, 2009, n°s 149 à 161, pp. 106-114, au moins lorsque le prix symbolique s'accompagne d'autres prestations, auquel cas la qualification de contrat innomé serait préférée à celle de vente.

(170) Ce mécanisme d'élection de la loi applicable est bien connu du droit international privé. Pour son application au droit interne, v. S. LEMAIRE, « Le choix de la loi du contrat en droit interne », *RRJ* 2001, pp. 1431-1449 ; J.-B. SEUBE, « *L'electio juris* en droit interne, ou la soumission volontaire des parties à un droit protecteur », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, pp. 1009-1028 ; D. BUREAU, « L'extension conventionnelle d'un statut impératif – Contribution du droit international privé au droit des contrats », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, *Defrénois*, 2005, pp. 125-157.

(171) Si l'article 1145 du Code civil dispense le créancier d'une obligation de ne pas faire de la formalité de la mise en demeure, ce n'est qu'en considération de ce que l'inexécution est alors nécessairement consommée, le débiteur ne pouvant plus s'abstenir de faire une fois l'action proscrite accomplie. Solution en tout point conforme donc à celle valant pour toutes autres obligations, pour lesquelles l'article suivant écarte également l'exigence de mise en demeure « *lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer.* »

(172) Pour une tripartition des contrats selon qu'ils créent une obligation de donner, de faire ou de mettre à disposition, v. ainsi J. HUET, *op. cit.*, (*supra*, note 88), qui structure son traité le long de cette trilogie, sans toutefois se faire faute d'écrire des contrats emportant transfert de jouissance d'une chose que « *À la différence des contrats transférant la propriété, ils ne reposent pas sur une obligation de donner, mais sur une obligation de faire* »

(suite p. suiv.)

tel qu'il appellerait la reconnaissance d'un genre contractuel à part entière. Si le Code civil ne fait aucune mention de l'obligation que les jurisconsultes romains ont parfois désignée comme obligation de *praestare*, c'est que celle-ci fut loin de correspondre à cette seule hypothèse, visant aussi bien toute obligation de délivrance que, par exemple, l'obligation de garantie⁽¹⁷³⁾, et tendait de la sorte à occuper un domaine déjà assez peu spécifique, préfigurant celui, devenu aujourd'hui le plus vaste possible, de la *prestation*⁽¹⁷⁴⁾. À cette indétermination terminologique se joint que l'obligation de donner en jouissance un bien restant en propriété du débiteur répond entièrement au régime applicable à toute obligation de faire. L'impossibilité de forcer directement le débiteur à l'exécution d'une obligation de faire ne s'impose ainsi pas moins à l'obligation de mettre à disposition son propre bien, considérant que la voie d'exécution forcée qui consisterait à s'en emparer entre les mains du débiteur attenterait autant à ses droits fondamentaux que celle qui prétendrait le contraindre physiquement à fournir tout autre service. Loin de confisquer une chose sur laquelle le créancier a vocation à exercer un droit réel, la procédure de saisie tendrait en effet à arracher ici un bien à son propriétaire exclusif. Si le droit de propriété est bien assujéti aux voies indirectes d'exécution, et à l'astreinte financière en particulier, son absoluté met en revanche obstacle à toutes voies d'exécution directement forcée. En disposant que « *Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique* », l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen prohibe autant la réquisition que l'expropriation pour cause d'utilité privée⁽¹⁷⁵⁾.

Ainsi ramenée sous le giron de l'obligation de faire, l'obligation de donner en jouissance étend encore un peu plus le domaine des contrats de service, de sorte que cette diversité contractuelle rend toute tentative de catégorisation périlleuse. Une se présente immédiatement, cependant, qui invite à distinguer ces accords selon que l'obligation qui en forme l'objet est susceptible d'être convenue à seule fin de conférer un bienfait au cocontractant ou que son débiteur poursuit ce faisant un autre intérêt. La prestation peut ainsi être fournie par pure bienfaisance (a) ou être autrement causée (b).

(*ibid.*, n° 15, p. 27). V. égal. G. PIGNARRE, « À la redécouverte de l'obligation de *praestare* », *RTD civ.* 2001, pp. 41-76 ; et F. CHÉNEDÉ, *op. cit.* (*supra*, note 121), n°s 169 à 177, pp. 153-162.

(173) Rapp. P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd., Dalloz, 1929, p. 472, qui estime que l'obligation de *praestare* ne se distinguait pas spécifiquement de l'obligation de *facere*.

(174) Fidèle à son étymologie, le terme de prestation renvoie à toute espèce de fourniture, de bien comme de service, c'est-à-dire à l'exécution d'une obligation de faire quelconque.

(175) *Contra*, pour l'exécution forcée de cette obligation : R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de louage*, J. Debure, Paris, 1771, n° 66, in *Œuvres de Pothier*, par J. Bugnet, t. IV, Paris, 1848, p. 29 ; et R.-Th. TROPLONG, *op. cit.* (*supra*, note 89), t. IX, *De l'échange et du louage*, 3^e éd., Ch. Hingray, 1859, t. I, art. 1719-1720, n° 172, p. 291. Et en jurisprudence même : Soc., 20 juin 1963, *Bull.*, IV, n° 531, qui approuve une cour d'appel d'avoir ordonné l'exécution de l'obligation de délivrance du bailleur par recours à la force publique au motif que cette obligation n'avait aucun caractère personnel. Comp. J. HUET, art. préc. (*supra*, note 131), n° 13, p. 439, qui estime que l'exécution forcée de l'obligation de donner en jouissance ne devrait être exclue que « *si cela nécessite d'exercer une contrainte intolérable sur la personne du débiteur* », donnant pour exemple l'obligation de libérer un appartement devenu son seul lieu d'habitation.

a. La prestation par bienfaisance

362. Le mandat – Parmi les contrats de service gratuit, le mandat, par l'objet singulier qui est le sien, occupe une place à part. Dans son acception la plus générale, qui est aussi celle du droit romain, le mandat consiste à conférer le pouvoir d'agir pour son propre compte à un autre que soi. Mais cette définition s'est doublement réduite au cours de l'histoire, sous l'effet de deux évolutions convergentes. La première concerne l'objet de la procuration : tandis que le droit romain visait aussi bien les actes matériels que juridiques, le domaine du mandat s'est peu à peu circonscrit aux actes juridiques, abandonnant les actes matériels à la qualification, devenue distincte, de gestion d'affaire⁽¹⁷⁶⁾. De là une seconde évolution : dorénavant borné aux seuls actes juridiques, il devint possible de prêter au pouvoir de représentation une force nouvelle, consistant à agir non plus seulement pour le compte du mandant mais en son nom même, la personne du mandataire s'effaçant entièrement lors de la conclusion de l'acte : d'imparfaite, la représentation contractuelle devint parfaite. Seul le droit commercial conserva le mandat sous sa forme historique⁽¹⁷⁷⁾.

Ainsi s'explique que le contrat de mandat fasse l'objet d'une définition variable selon les époques et le champ juridique dans lequel il se donne. Pour s'en tenir au droit positif, on définira le mandat comme la convention par laquelle un mandant confie le pouvoir d'agir pour son compte à un mandataire ainsi chargé de passer un ou plusieurs actes juridiques déterminés. En donnant le pouvoir d'agir pour le compte du représenté, la procuration peut être imparfaite autant que parfaite si elle autorise, de surcroît, le mandataire à agir au nom même de son mandant⁽¹⁷⁸⁾.

L'essence du mandat réside donc tout entier dans la nature du pouvoir conféré au cocontractant. S'il lui a été confié un pouvoir dépassant la seule conclusion d'actes juridiques, en s'étendant à la réalisation d'actes matériels, il ne s'agira plus seulement d'un mandat mais d'un contrat de gestion d'affaire. À plus forte raison cette dernière qualification s'imposera-t-elle à celle de mandat si le pouvoir du représentant ne prévoit la passation d'aucun acte juridique. Le porte-fort lui-même n'est pas un mandataire, puisqu'en promettant la ratification du tiers à l'acte qu'il conclut pour son compte, il intervient justement en l'absence de tout pouvoir de représentation. En ces quelques cas donc, il faudra bien conclure à l'inexistence du contrat de mandat, et à sa requalification en un

(176) Sur cette évolution, v. déjà *supra*, n° 127, *in fine*.

(177) Sur cette autre évolution, v. *supra*, n° 75, spéc. note 466.

(178) Comp. l'article 1984 du Code civil qui, en définissant le mandat comme « *un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* », ne peut viser que la conclusion d'actes juridiques, seuls susceptibles d'être passés au nom d'un autre (sur quoi, v. déjà *supra*, n° 127, spéc. note 149). La question reste seulement de décider alors si cette définition vaut pour le seul mandat civil ou pour tout contrat de mandat absolument. Dans ce dernier cas, il faudrait requalifier le mandat commercial, qui n'emporte qu'un pouvoir de représentation imparfaite, en contrat de commission (C. com., art. L. 132-1).

contrat d'une autre nature. Mais dans l'ensemble, on observe que la particularité de son objet rend le contrat de mandat moins sujet que d'autres au risque de requalification⁽¹⁷⁹⁾.

Il est certes bien des circonstances dans lesquelles l'existence d'un mandat pourra apparaître douteuse, chaque fois en particulier qu'il sera question de savoir si un contractant a agi pour son propre compte ou pour celui d'un tiers, qui aura pu être dissimulé. Mais cette question ne concerne pas proprement l'inexistence relative du contrat de mandat : on ne s'interroge plus alors sur la qualification à donner à une convention susceptible de conférer un pouvoir de représentation, mais sur l'existence même de toute convention. Si bien que cette autre hypothèse intéresse l'inexistence du contrat en général, et non celle du contrat de mandat en tant qu'il se distingue de qualifications voisines⁽¹⁸⁰⁾.

363. Le dépôt – Selon l'article 1915 du Code civil, « *Le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature.* »⁽¹⁸¹⁾ Associé à l'article 1919 qui en prescrit le caractère réel, on définira le contrat de dépôt comme la convention qui se forme par la remise d'une chose à un dépositaire tenu de la conserver jusqu'à restitution sans pouvoir en faire usage. Ce contrat présente ainsi pour éléments essentiels de transférer la détention d'une chose, de façon temporaire, à seule fin d'en conférer la garde, et de se former par la remise matérielle de cette chose.

Le dépôt, en premier lieu, ne se forme qu'avec la remise matérielle de la chose convenue, de sorte que tout accord précédant cette remise ne suffirait pas à le conclure, n'étant tout au plus constitutif que d'une promesse de dépôt⁽¹⁸²⁾. La seule obligation née de ce contrat est l'obligation de garde, ou de conservation, mise à la charge du dépositaire ; si l'accord prévoit de le soumettre à une obligation plus étendue, et qui n'en soit pas la suite nécessaire, il s'agira d'une autre convention, contrat innommé ou contrat d'entreprise si l'on en admet la possible gratuité⁽¹⁸³⁾. À l'inverse, mais sous la même sanction, tout droit conféré au dépositaire sur le bien remis en dépôt pourrait suffire à commander la requalification. Ainsi, sauf autorisation exceptionnelle du déposant, le dépositaire « *ne peut se servir de la chose déposée* » (art. 1930), sans quoi il ne s'agirait plus d'un dépôt mais d'un prêt. De là cette conséquence que le dépositaire, privé de la jouissance du bien reçu, doit en

(179) V. en même sens J. HUET, *op. cit.* (*supra*, note 88), n° 31136, p. 1093 : « *Un des enseignements à en tirer est que le mandat est un contrat qui entre rarement en conflit avec les autres, contrairement à bien des conventions.* » L'hypothèse de son inexistence relative intéresse plus volontiers le mandat salarié : v. *infra*, n° 373.

(180) Et si l'on parle de convention de prête-nom lorsque le mandat est dissimulé, ce n'est pas pour conclure à l'inexistence de ce dernier, mais pour y ajouter : il y a toujours un contrat de mandat entre le représenté et son représentant, mais il y sera inséré une clause obligeant ce dernier à se présenter en son propre nom. Ce qui justifie que tiers cocontractant puisse toujours se prévaloir de l'existence du mandat à l'encontre du représenté s'il vient à en prendre connaissance : Req., 11 mars 1890, *S.* 1890, I, p. 208 ; *DP* 1893, I, p. 369, note Ch. Beudant.

(181) Le séquestre n'en est qu'une variété, qui se définit selon l'article 1956 comme « *le dépôt fait [...] d'une chose contentieuse, entre les mains d'un tiers qui s'oblige de la rendre, après la contestation terminée, à la personne qui sera jugée devoir l'obtenir.* »

(182) Sur quoi, v. déjà *supra*, n°s 316 et 324.

(183) Rapp. *infra*, n° 374, à propos de la requalification du dépôt salarié en contrat d'entreprise.

restituer les fruits qu'il en aurait perçus (art. 1936)⁽¹⁸⁴⁾. Et du caractère nécessairement temporaire de la détention du dépositaire, il s'infère encore que le dépôt fait en garantie ne s'analyse pas proprement comme un dépôt mais comme un gage donné du règlement d'une créance future, dès lors que le bien transmis est susceptible de rester au créancier détenteur au cas de défaillance du débiteur remettant.

Cantonné à un simple transfert de détention, le dépôt se distingue également d'une dépossession fondée sur la transmission d'un droit réel, même temporaire : ni la cession d'usufruit ni la cession fiduciaire ne constituent en cela des contrats de dépôt. Sans doute la dépossession matérielle d'un bien fongible ou consommable emporte-t-il, selon une solution coutumière, le transfert de sa propriété même⁽¹⁸⁵⁾. Mais cet effet est légal et non contractuel : l'intention des parties est toujours de ne donner au dépositaire que la détention et non un droit réel sur ce bien. Certes encore, ce transfert de propriété opéré par le dépôt irrégulier confère nécessairement la jouissance du bien à son dépositaire ; mais à nouveau, il ne s'agit là que d'un effet nécessaire et nullement recherché par les parties : c'est la conséquence, et non la cause, de la dépossession. C'est sur ce critère qu'il convient de toujours distinguer le dépôt du prêt lorsqu'ils portent sur une chose de genre ou une chose périssable. Car la nuance n'est pas oiseuse : le déposant, au contraire du prêteur, ne peut pas se voir reprocher, et en tout cas pas contractuellement, d'avoir transmis la possession d'un bien insusceptible du moindre usage. Reste, on le comprend, que la requalification n'est pas loin : que les contractants aient voulu faire peser sur le *tradens* l'obligation de garantir cette jouissance à *l'accipiens*, et leur dépôt, même irrégulier, deviendrait inexistant comme étant en réalité constitutif d'un prêt à usage.

364. Le prêt – Lorsque le contrat confère un droit de jouissance au détenteur, le dépôt devient un prêt. La définition que donne l'article 1875 du commodat vaut aussi bien à cet égard pour toute forme de prêt⁽¹⁸⁶⁾ : « *contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi.* » Comme pour le dépôt cependant, cette définition ne met pas assez en évidence le caractère réel du contrat de prêt. En sorte que l'on pourra lui préférer la suivante : le contrat de prêt est la convention qui se forme par la remise à un emprunteur d'une chose dont il lui est donné gratuitement un droit personnel de jouir jusqu'au terme convenu. Sont donc constitutifs du prêt les éléments consistant en la remise de la chose, à fin de conférer sur elle un droit personnel de jouissance, et ce à titre gratuit et temporaire.

Comme pour le dépôt, la remise matérielle du bien est constitutive du contrat : sans elle, il pourra bien y avoir une promesse de prêt, mais non le contrat de prêt lui-même⁽¹⁸⁷⁾.

(184) Et si, selon la même disposition, il ne doit pas les intérêts de l'argent déposé, c'est que celui-ci n'est productif d'intérêts qu'à la condition d'avoir été placé, alors que le dépositaire n'a pas cette liberté.

(185) V. auj. J. HUET, *op. cit.* (*supra*, note 88), n° 33501, p. 1603.

(186) Le prêt de consommation n'oblige pas moins l'emprunteur à restituer le bien consommé, même par équivalent.

(187) Sur quoi, v. déjà *supra*, n°s 317 et 324.

Contrairement au dépôt cependant, c'est ici le propriétaire du bien qui s'oblige, et non plus son détenteur contractuel. Et à la différence des autres contrats de service gratuit nommés par le Code, le prêt est le seul à l'être par essence, et non seulement par nature : s'il est stipulé un prix dû par le détenteur, il ne s'agira plus d'un prêt mais d'un louage de chose⁽¹⁸⁸⁾.

L'élément le plus caractéristique du prêt réside toutefois dans la nature du droit conféré à l'emprunteur : il est un droit de jouissance d'abord, et de nature personnelle ensuite. La jouissance s'entend essentiellement ici de l'usage d'un bien, et seulement à titre plus accessoire, de la perception de ses fruits⁽¹⁸⁹⁾. C'est ainsi que l'emprunteur peut ne se voir reconnaître qu'un droit d'usage, et être ainsi tenu de restituer les fruits au prêteur, sans que le contrat s'en trouve disqualifié. Ce qui justifie que le prêt à intérêts constitue encore un prêt, tant du moins que les intérêts convenus ne dépassent pas ceux naturellement productibles par le bien⁽¹⁹⁰⁾. Le droit de l'emprunteur est par ailleurs un droit personnel plutôt que réel, ce qui le distingue nettement du droit de jouissance de l'usufruitier. Mais le prêt de consommation, c'est-à-dire celui portant soit sur une chose qui se consomme par l'usage, soit même sur une chose de genre⁽¹⁹¹⁾, fait exception : en ce cas en effet, « *l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée* » (art. 1893). Il en résulte pour autre conséquence que le droit de l'emprunteur n'est plus seulement alors de jouir de la chose : il dispose aussi du droit de l'aliéner, à charge de rendre une chose de même espèce et de même qualité (art. 1892). Pour autant, on aurait tort de déduire de cette exception que la nature du droit conféré à l'emprunteur ne serait pas de l'essence du prêt : si le prêt de consommation transfère un véritable droit de propriété, ce n'est pas parce que les parties l'auront stipulé, auquel cas il faudrait en effet discuter de la qualification du contrat, mais parce que la nature du bien ne permet pas, selon le droit positif, qu'il en soit autrement.

Le caractère temporaire du droit de jouissance s'induit directement de la nature du droit accordé à l'emprunteur : dès lors que celui-ci n'est pas propriétaire du bien prêté, son droit d'usage est nécessairement éphémère⁽¹⁹²⁾. Et si son droit devient propriété, comme il en va pour le prêt de consommation, alors cet autre critère est le seul qui permettra de distinguer le prêt de la libéralité.

On voit ainsi que le contrat de prêt n'échappe pas plus que les précédents au risque d'une inexistance relative. Le prêt disparaîtra chaque fois qu'il sera intentionnellement conféré un droit réel de jouissance plutôt que personnel ; qu'il sera stipulé un prix pour

(188) V. *infra*, n° 368.

(189) V. ainsi *Vocabulaire juridique*, Assoc. H. Capitant, dir. G. Cornu, v° Jouissance, qui consigne trois significations du mot selon que ne vise que la perception des fruits, que l'usage, ou les deux.

(190) Sans quoi le prêt perdrait son caractère essentiellement gratuit au profit d'une requalification en louage de chose : v. *infra*, n° 368, spéc. note 220.

(191) La définition que donne l'article 1892 du prêt de consommation assimile nettement la chose de genre à la chose consommable, suivant en cela une tendance générale du Code : v. égal. art. 587, 1238 et 1895.

(192) V. not. en ce sens 1^{re} civ., 29 mai 2001, *Bull.*, I, n° 153, qui pose pour principe que « *l'obligation pour le preneur de rendre la chose prêtée après s'en être servi est de l'essence du commodat* ». V. depuis 1^{re} civ., 3 févr. 2004, *Bull.*, I, n° 34, qui applique finalement la règle jusqu'au prêt à usage d'habitation ; et encore 3 juin 2010, *Bull.*, I, n° 127, pour des locaux prêtés à une organisation syndicale.

contrepartie, lequel pourrait même tenir en un taux d'intérêts conventionnel trop élevé⁽¹⁹³⁾ ; ou qu'il sera fait obligation au prêteur de remettre son bien, en contradiction alors avec la nature réelle du contrat. Peu importe en revanche que le prêteur, prodiguant son bienfait, poursuive aussi un intérêt distinct : le mobile personnel n'est pas ici un élément constitutif de la convention, quand bien même le déduit-on le plus souvent de la nature de l'engagement. Et il ne l'est pas plus lorsque l'on présume à l'inverse que la prestation est autrement causée.

b. La prestation autrement causée

365. Les contrats de garantie – Si la garantie est une obligation, elle n'est pas une obligation de donner. Le garant fournit au créancier un service immédiat, qui est de l'assurer de son concours au cas de non-paiement de la dette principale⁽¹⁹⁴⁾. Au sein de la trilogie traditionnelle des obligations, la garantie apparaît donc plutôt comme une obligation de faire, au moins en ce que celle-ci vaudrait pour catégorie résiduelle⁽¹⁹⁵⁾. C'est bien du reste la réalité de cette obligation qui autorise les garants et assureurs professionnels à se faire rémunérer leur service en l'absence même de défaillance du débiteur principal. Le fait que cette obligation de garantie trouve une issue, d'ailleurs incertaine, dans une éventuelle dation ne change pas ce constat ; ce d'autant qu'il est des garanties qui, portant sur une obligation de faire, se liquident par l'exécution de cette même obligation, sans réaliser aucune dation. La garantie, c'est donc l'obligation de couverture, non son règlement, qui n'en est qu'une fin possible et non nécessaire : sans cette dernière, son débiteur n'en aura pas moins garanti le créancier⁽¹⁹⁶⁾. Si bien que l'obligation du garant

(193) Dans la rigueur des principes tout du moins. Car on sait que la variété que constitue le prêt de consommation autorise justement la stipulation d'un tel intérêt sans encourir le risque de requalification en louage de chose.

(194) Ne sont ici visés pour contrats de garantie que ceux portant sur la dette d'autrui ou qui engage un bien déterminé. La garantie personnelle consentie au créancier par le débiteur lui-même n'a quant à elle rien de spécifique, revenant peu ou prou à constituer une obligation, même renforcée, sur le fait ainsi garanti.

(195) Pour la qualification de l'obligation de garantie en obligation de faire, v. par ex. F. CHÉNEDÉ, *op. cit.* (*supra*, note 121), n° 177, p. 162. On peut aussi y voir une obligation de ne pas faire, considérant que, tant que le garant n'est pas appelé, elle n'exige aucun acte positif de sa part, seulement de ne pas menacer la garantie donnée au créancier de le désintéresser le moment venu. Mais à la vérité, cette obligation de ne pas faire n'est jamais qu'une suite de l'obligation, seule principale, de garantie. Et si, donc, garantir n'est pas exactement faire, peut-être y aurait-il lieu de reconnaître la spécificité de l'obligation de garantie, aux côtés des obligations de donner et de faire, ou de ne pas faire. On retrouverait alors la trilogie romaine des obligations de *dare*, *facere* et *praestare*, cette dernière à présent clairement identifiée (comp. *supra*, n° 356, spéc. note 135, et n° 361). En ce sens, v. N. KANAYAMA, « De l'obligation de "couverture" à la prestation de "garantir" – Donner, faire, ne pas faire... et garantir ? », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, t. II, pp. 375-399. Une autre solution, plus radicale encore, consisterait à nier purement et simplement la nature obligationnelle de la garantie, et à ranger alors les contrats de garantie avec ceux non créateurs d'obligations : v. *supra*, n° 354, spéc. note 127. Sur la notion, v. égal. B. GROSS, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, th. Nancy, 1962, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 42, 1964 ; P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », in *Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, pp. 303-315 ; N. BARGUE, *Essai sur la notion de garantie*, th. Paris I, 2008 ; et V. MAZEAUD, *L'obligation de couverture*, th. Paris I, 2009.

(196) Comp. Ch. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, th. Montpellier, 1977, Litec, Bibl. dr. entreprise, t. 10, 1979, n° 261, pp. 337-338, qui réservait l'obligation de couverture au seul cautionnement de

n'est pas une obligation éventuelle, ni même conditionnelle⁽¹⁹⁷⁾ : seule la réalisation de la garantie dans le paiement de l'obligation principale est encore future et éventuelle, et cette réalisation n'est qu'un dénouement parmi d'autres de la garantie qui la fonde.

Comme les prestations servies par bienfaisance, les contrats de garantie sont des contrats unilatéraux, et donc à titre gratuit, dès lors au moins que le bénéficiaire ne fournit aucune contrepartie par le même contrat⁽¹⁹⁸⁾. À la différence des premières cependant, la garantie est rarement accordée par pure bienveillance envers le créancier : si elle est consentie, c'est généralement que le créancier y aura conditionné la naissance de la dette principale, de sorte que le garant ne recherchera en définitive que l'intérêt du débiteur, c'est-à-dire de lui-même ou d'un tiers.

Quelles que soient leurs espèces, les garanties ont toutes pour objet commun de porter sur une dette, préexistante ou à venir, dont elles viennent soutenir le crédit en secondant le paiement. Si cet objet fait défaut, l'engagement ne constituera pas une garantie, laquelle restera donc proprement inexistante. Il en ira notamment ainsi dans l'hypothèse d'un engagement conclu en contemplation d'une obligation principale dont les parties auront connu la nullité avant même d'en couvrir le paiement : en ce cas en effet, la pseudo-garantie ne figurerait rien d'autre qu'une libéralité.

Dans leurs détails, les garanties, ou sûretés, sont personnelles ou réelles. Les premières supposent d'être données pour garantie de la dette d'un tiers, et engagent ordinairement l'ensemble du patrimoine du garant ; les secondes sont généralement consenties en garantie de la dette même du constituant, et se limitent toujours à un bien déterminé sur lequel elles confèrent une préférence. On voit cependant, à s'en tenir là, que ces deux définitions articulent deux critères différents qui ne sont pas exclusifs l'un de l'autre, puisque l'on peut

dette future. Soulignant le caractère essentiel de cette obligation pour tout type de garantie, v. not. D. GRIMAUD, *Le caractère accessoire du cautionnement*, th. Aix-Marseille III, PUAM, 2001, nos 433 et 434, pp. 466-467 ; et Ph. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, 2^e éd., PUF, 1998, n° 89, pp. 138-139. *Contra* : P. JOURDAIN, art. préc. (*supra*, note préc.), pp. 313-315.

(197) Pour le cautionnement, v. ainsi Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, 3^e éd., Litec, 2000, nos 61 et 62, pp. 62-63.

(198) Sur l'assimilation du contrat unilatéral au contrat à titre gratuit, v. déjà *supra*, n° 357, spéc. note 140. Pour voir dans la constitution de garantie un contrat à titre gratuit : R. SAVATIER, in *Traité pratique de droit civil français*, dir. G. Ripert, 2^e éd., LGDJ, t. XI, *Contrats civils*, 1954, n° 1512, pp. 967-968 ; J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.* (*supra*, note 144), n° 273, p. 278 ; F. GRUA, *L'acte gratuit en droit commercial*, th. Paris I, 1978, n° 225, p. 237 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil – Les sûretés, publicité foncière*, collab. Ph. Jestaz, Sirey, 1987, n° 570, pp. 371-372 ; Ph. THÉRY, *op. cit.* (*supra*, note 196), 2^e éd., PUF, 1998, n° 26, pp. 45-46 ; F. CHÉNEDÉ, *op. cit.* (*supra*, note 121), n° 202, p. 187. *Contra*, y voyant un contrat unilatéral à titre onéreux : M. STEINMETZ, note sous 1^{re} civ., 21 nov. 1973, *D.* 1975, p. 549 ; M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *Droit des sûretés*, 7^e éd., Litec, 2004, n° 73, pp. 63-64, et n° 139, pp. 127-128 ; Ph. SIMLER, *op. cit.* (*supra*, note préc.), n° 59, pp. 59-60. La jurisprudence est aussi peu fixée que l'est la doctrine, jugeant d'un côté que la sûreté est justiciable de l'article 29 de la loi du 13 juillet 1967 qui déclarait inopposable à la masse « tous les actes à titre gratuit translatifs de propriété » (Com., 12 juin 1963, *Bull.*, III, n° 298 ; *RTD com.* 1964, p. 159, obs. R. Houin, à propos d'un cautionnement ; et 25 févr. 1986, *Bull.*, IV, n° 29 ; *Rev. sociétés* 1986, p. 286, note A. Honorat, à propos d'une hypothèque), de l'autre que le cautionnement souscrit par un dirigeant en garantie de la dette simultanément contractée par sa société auprès de la banque dispensatrice de son crédit échappe à cette même disposition au motif que celui-là serait cette fois contracté avec contrepartie (Com., 14 févr. 1989, *Bull.*, IV, n° 62 ; *D.* 1989, SC, p. 295, obs. L. Aynès ; *Rev. proc. coll.* 1989, p. 533, obs. Ph. Delebecque ; et déjà 21 déc. 1966, *Bull.*, IV, n° 497, pour un cautionnement réel ; et 20 mai 1968, *Bull.*, IV, n° 161, pour une hypothèque).

fort bien constituer une sûreté réelle en garantie de la dette d'un tiers : une telle sûreté est réelle en ce qu'elle consiste à attribuer un droit de préférence sur un bien spécifiquement désigné, mais elle serait aussi personnelle puisque consentie par un autre que le débiteur principal. Reste que l'élément déterminant de cette subdivision, primordiale quant au choix du régime juridique qui s'en évince, tient moins dans la personne du débiteur que dans la nature du droit concédé au créancier : la sûreté est personnelle si celui-ci dispose d'une créance chirographaire sur l'ensemble du patrimoine du garant⁽¹⁹⁹⁾ ; elle est réelle au contraire s'il lui est accordé un droit de préférence sur un bien déterminé. L'opération consistant à engager un bien en garantie de la dette d'un tiers, longtemps désignée sous le nom de cautionnement réel, répond donc parfaitement à la qualification de sûreté réelle et aucunement à celle de sûreté personnelle⁽²⁰⁰⁾. De telle sorte qu'un cautionnement réel est un cautionnement réellement inexistant.

Car le contrat de **cautionnement** est bien différent, qui s'entend de la convention par laquelle l'une des parties s'engage envers l'autre à satisfaire subsidiairement au paiement qui lui est dû par son débiteur pour le cas où celui-ci y manquerait, à charge pour cette caution d'obtenir son remboursement auprès de ce dernier⁽²⁰¹⁾. Garantie personnelle, le cautionnement a ainsi pour spécificité d'entretenir un rapport de principal à accessoire entre la dette garantie et l'obligation de la caution. De ce rapport, il découle que cette dernière est autorisée, par essence, à opposer au créancier toutes les exceptions inhérentes à la dette (art. 2313) et de se prévaloir, par nature au moins, du bénéfice de discussion (art. 2298). Si, par conséquent, le garant est contractuellement privé du droit de se prévaloir des exceptions de la dette, son engagement ne répondra plus à la qualification de cautionnement, devenu alors inexistant. On y verra plus volontiers une **garantie autonome**, dont l'objet est de fournir à un créancier l'engagement de suppléer, sur sa simple demande, à la défaillance de son débiteur en exécutant une obligation distincte et en renonçant à lui opposer les exceptions inhérentes à la dette garantie⁽²⁰²⁾. Tenu de sa propre dette, ce garant est donc susceptible de payer plus ou autrement que ne l'aurait fait le débiteur principal. La garantie autonome n'en reste cependant pas moins une garantie, en ce qu'elle suppose toujours l'inexécution d'une obligation primitive, de telle sorte que

(199) C. civ., art. 2284 (art. 2092 anc.) : « *Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir.* »

(200) Ch. mixte, 2 déc. 2005, *Bull.*, CM, n° 7 (*Rapp.*, p. 214 ; *JCP* 2005, II, 10183, note Ph. Simler ; *D.* 2006, p. 729, avis J. Sainte-Rose et note L. Aynès ; *RTD civ.* 2006, p. 357, obs. B. Vareille, et p. 594, obs. P. Crocq) : « *attendu qu'une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliqu[e] aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui et n'[est] pas dès lors un cautionnement.* »

(201) *Rappr.* la définition qu'en donne l'article 2288 du Code civil (art. 2011 anc.). Il importe peu à cet égard que l'obligation garantie et contractée par la caution soit de faire ou, comme plus souvent, de donner une somme d'argent.

(202) *Comp. C. civ.*, art. 2321, qui borne la garantie autonome à une obligation de payer une somme d'argent. Pour cette requalification du cautionnement en garantie autonome, v. not. *Com.*, 20 déc. 1982, *Bull.*, IV, n° 417 ; *D.* 1983, p. 365, note Ph. Vasseur ; *RTD com.* 1983, p. 446, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.

le garant ne peut être appelé si, par exemple, le créancier reconnaît avoir déjà reçu son paiement⁽²⁰³⁾. S'il y reste encore tenu en ce cas, c'est qu'il ne s'agira plus d'une garantie.

366. L'échange de services – Le contrat que le Code civil nomme échange ne concerne que la commutation d'un bien contre un autre. On peut fort bien imaginer pourtant que les contractants décident de s'échanger deux services, en constituant sur chacun une obligation réciproque de faire plutôt que de donner⁽²⁰⁴⁾.

Si l'échange de services est demeuré pour sa part un contrat innommé, c'est probablement que sa nature ne prête pas à la contractualisation : l'accord par lequel on se rend mutuellement service n'est qu'un échange de bons procédés, et il n'est certainement pas utile que, en lui reconnaissant une qualification juridique, on en vienne à lui conférer une portée contractuelle⁽²⁰⁵⁾. Mais déduire de cette indifférence du droit que l'échange de services n'est pas censé instaurer un rapport juridique n'interdit pas aux parties de stipuler spécialement le contraire, et de soumettre alors leur accord à la sanction du juge. Du reste, l'opinion selon laquelle une telle convention serait présumée ne pas avoir été conclue en droit semble supporter quelque tempérament, étant observé que certains types de prestations ne se font pas défaut de revenir au juridique. Ainsi la mise à disposition d'un bien contre prestation en nature semble-t-elle plus volontiers recevoir l'onction du droit, eu égard à la privation qu'elle opère dans la jouissance de la chose par son propriétaire⁽²⁰⁶⁾. Ces conventions-ci sont donc bien réputées engager contractuellement ceux qui les passent.

Comme pour l'échange *stricto sensu*, le voisinage contractuel de l'échange de services est essentiellement celui du contrat de bienfaisance, dans le cas où l'une des deux prestations apparaîtrait dérisoire, ou celui du louage, si la contrepartie verse moins dans le service que dans la dation. Si, par exemple, le contrat emporte mise à disposition d'un bien contre une prestation qui tient autant au paiement d'un loyer qu'à l'exécution d'un service, on opinera plus volontiers pour la qualification du contrat nommé qu'est le louage de chose que pour celui du contrat innommé qu'est l'échange de services⁽²⁰⁷⁾. De la même manière, la commutation qui consisterait pour l'une et l'autre partie à fabriquer réciproquement un objet avec ses propres matériaux pourra valoir comme louage d'ouvrage, voire comme échange *stricto sensu*, si l'une ou les deux parties venaient à fournir une matière d'une valeur

(203) V. sur ce point les causes exonératoires de garantie énumérées à l'article 19 de la Convention CNUDCI du 11 déc. 1995 sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit *stand by*.

(204) Sur cette hypothèse, v. par ex. A. ROUAST, « La prestation gratuite de travail », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, pp. 695-710, n° 11, pp. 701-702.

(205) V. en ce sens W. WENGLER, « Les conventions « non juridiques » (*nichtrechtliche Verträge*) comme nouvelle voie à côté des conventions en droit (*Rechtsverträge*) », in *Nouveaux itinéraires en droit – Hommage à François Rigaux*, Bruylant, 1993, pp. 637-656, spéc. p. 654, note 27.

(206) Le bail à complant en constitue une espèce, qui oblige le preneur à planter et cultiver les terres en friche mises à sa disposition, contre l'abandon par le propriétaire d'une part des fruits obtenus : le propriétaire rend service au complanteur en mettant sa terre à disposition, et ce dernier le lui retourne en la rendant cultivable.

(207) Entre une obligation en nature et l'autre pécuniaire, on est naturellement porté à considérer pour caractéristique, à valeur égale, la moins fongible des deux : v. *supra*, n° 360, spéc. note 164, à propos de la vente.

supérieure à celle de leur propre travail⁽²⁰⁸⁾. Cette requalification signifierait alors l'inexistence du contrat innommé qu'elles auraient estimé conclure.

Déjà passablement compliqué, on le voit, lorsqu'il s'applique aux accords n'emportant qu'une seule espèce d'obligation, il est à craindre que le problème de leur qualification, et par là de leur existence, ne le soit pas beaucoup moins lorsque le contrat est à la fois constitutif d'une obligation de donner et d'une obligation de faire.

3. Les contrats constitutifs d'obligations de donner et de faire

367. Le royaume du louage – Tout contrat synallagmatique emportant création d'une obligation de faire contre une obligation de donner répond à la qualification de louage (*locatio conductio*). La nature de l'une ou de l'autre servira bien à en déterminer l'espèce, mais sans remettre en cause la qualification du genre. Ainsi le service rendu contre une dation opérée en un trait de temps et en nature plutôt qu'en argent n'en demeure-t-il pas moins un louage que celui qui trouve sa contrepartie dans un loyer périodiquement versé en numéraire.

Dans tout louage, la prestation caractéristique, celle qui détermine l'espèce du contrat, se situe du côté de l'obligation de faire⁽²⁰⁹⁾. C'est en fonction de cette dernière que s'opère ainsi la division primordiale de la matière, entre louage de chose (a) et louage de service (b).

a. Le louage de chose

368. Le bail de droit commun – Lorsque l'obligation de faire consiste en la mise à disposition d'une chose contre paiement d'un prix⁽²¹⁰⁾, c'est-à-dire contre une dation quelconque⁽²¹¹⁾, le contrat prend le nom de louage de chose ou, en termes plus actuels, de contrat de bail, ou encore de location. Si les juristes ne distinguent guère le bail de la location⁽²¹²⁾, il semble que la pratique contractuelle tende néanmoins à réserver au premier un domaine plus restreint qu'au second, le terme de bail s'employant plus volontiers pour désigner le louage consenti contre un loyer versé à échéances régulières, tandis que celui de location s'appliquerait indifféremment à tout louage de chose⁽²¹³⁾. Par convention

(208) Sur ce critère de distinction, v. *infra*, n° 371, *in medio*.

(209) Sur ce point, v. déjà de façon plus générale, *supra*, n° 360, spéc. note 164.

(210) Puisque la mise à disposition d'une chose constitue bien une obligation de faire : v. *supra*, n° 361.

(211) Le loyer du bail à ferme peut ainsi être stipulé aussi bien en numéraire qu'en nature. V. C. rur., art. L. 411-11, al. 9 : « le loyer des terres nues portant des cultures permanentes viticoles, arboricoles, oléicoles et agrumicoles et des bâtiments d'exploitation y afférents peut être évalué en une quantité de denrées » ; et art. L. 411-12 : « Le prix du bail est payable en espèces. Toutefois, pour les cultures permanentes viticoles, arboricoles, oléicoles ou agrumicoles et par accord entre les parties, le prix du bail est payable en nature ou partie en nature et partie en espèces. »

(212) Le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant retient cette acception large de la notion de bail, et en fait par ailleurs le synonyme de la location : v. ces deux entrées.

(213) C'est bien ce critère, et non le caractère meuble ou immeuble du bien loué, qui paraît servir à la distinction. Ainsi la location saisonnière de résidence de vacances prend-elle le nom de location plutôt que
(suite p. suiv.)

cependant, on s'en tiendra ici à l'identité entretenue par le droit entre le louage de chose et le contrat de bail.

Le contrat de bail est donc, dans les termes de l'article 1709 du Code civil, celui « *par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer.* » C'est en somme un prêt consensuel à titre onéreux⁽²¹⁴⁾. Ses éléments constitutifs sont par conséquent ceux d'une promesse de commodat, sauf la condition de stipulation d'un loyer : il n'y a de contrat de bail que s'il est prévu de conférer un droit de jouissance sur une chose, qui soit personnel et temporaire, contre la cession d'un bien quelconque par le preneur⁽²¹⁵⁾.

Obligé à payer un prix pour jouir d'un bien qui n'est pas le sien, le preneur l'est nécessairement aussi de prendre soin de la chose qui lui est confiée (art. 1728), sans quoi la disqualification et donc l'inexistence du bail menacerait déjà au constat de l'aliénation ainsi consentie par le propriétaire⁽²¹⁶⁾. Le bailleur est lui aussi tenu d'obligations secondaires et

de bail dès lors que le paiement du loyer intervient en une seule fois. *Contra* : J. HUET, *op. cit.* (*supra*, note 88), n° 21000, p. 672.

(214) Sur la nature constitutive de la stipulation d'un prix, sans laquelle le contrat de bail ne saurait se concevoir, v. par ex. 3^e civ., 27 juin 1973, *Bull.*, III, n° 446 : « *Attendu que, le prix étant un élément essentiel du contrat de louage, une promesse de bail ne peut valoir bail que si elle contient l'accord des parties sur le prix.* »

(215) Prix en numéraire aussi bien qu'en nature. Et de toute nature : v. ainsi 3^e civ., 4 juill. 1979, *RTD civ.* 1980, p. 779, obs. G. Cornu, qui décide, à propos d'un prix payable en fumier, que « *le mode de paiement du prix n'est pas incompatible avec une location.* » Mais ni la durée ni la date d'entrée en jouissance n'ont à être nécessairement l'objet d'une stipulation : dans le silence des contractants, on présumera que leur convention produit un effet immédiat et à durée indéterminée, éventuellement assortie d'une période minimale et raisonnable de jouissance. V. ainsi 3^e civ., 28 oct. 2009, pourvoi n° 08-20224 (*RDC* 2010, p. 676, obs. C. Grimaldi), censurant « *la cour d'appel, qui a ajouté à la loi une condition tenant à la date de la prise d'effet du bail.* » Ce qui n'empêche pas que le désaccord constaté sur ce point puisse suffire à établir l'absence de consentement et, par là seulement, l'inexistence de tout contrat. D'où 3^e civ., 22 avril 1980, *Bull.*, III, n° 82, jugeant, après avoir rappelé que « *le consentement de la partie qui s'oblige est une condition essentielle pour la validité d'une convention.* », que la cour d'appel ne pouvait pas forcer la conclusion du bail « *tout en constatant le désaccord des parties sur le point de départ du bail renouvelé, élément essentiel de la convention.* », en l'occurrence. La jurisprudence est plus critiquable en revanche pour ce qui concerne la durée du bail. Alors que la Cour de cassation décide, dans le silence des parties sur ce point, que le commodat, nécessairement formé par la remise de la chose, est réputé conclu, sinon pour la durée de l'usage prévisible, du moins pour une durée raisonnable (v. ainsi 1^{re} civ., 29 mai 2001, préc. (*supra*, note 192) : « *lorsqu'aucune durée n'a été convenue pour le prêt d'une chose d'un usage permanent, il appartient au juge d'assigner à ce prêt un terme raisonnable.* »), elle refuse systématiquement de constater la formation du contrat de bail en l'absence de stipulation relative à sa durée. V. par ex. 3^e civ., 5 déc. 2001, pourvoi n° 00-14294 (*AJDI* 2002, p. 129, obs. M.-P. Dumont), qui reproche à la cour d'appel d'avoir jugé un bail commercial conclu « *sans constater l'accord des parties sur la durée du bail.* » Dans sa généralité, la solution est éminemment contestable. Car le caractère forcément temporaire de la jouissance conférée au preneur n'exige pas que les parties se déclarent nécessairement sur cette durée : il faut déduire de leur silence, comme pour toute autre convention à exécution successive, qu'elles auront voulu s'engager pour une durée indéterminée ou, plus sûrement encore, pour la durée que la loi détermine s'agissant des baux qu'elle régit spécialement. Il demeure évidemment possible de renverser cette présomption si l'on constate que les parties ne se sont effectivement pas entendues sur ce point, mais il n'est aucune raison de le préjuger.

(216) Il s'agirait là semble-t-il d'une figure contractuelle innommée, consistant à donner un bien en location pour le temps de son existence, laissée elle-même à la discrétion de son détenteur. GAIUS estimait pour sa part qu'il s'agissait d'une véritable vente, mais dans l'hypothèse où le prix convenu pour le bien disparu ne serait pas le même que celui du bien restitué : v. Inst. Gaius, III, 146, à propos de gladiateurs loués pour un combat. Certaines concessions produisent également cet effet, lorsqu'elles portent par exemple sur une carrière dont l'exploitation en épuise la substance. Il semble pour ces dernières que la qualification dépende aussi essentiellement du prix stipulé. Est-il déterminé *ne varietur* dès la conclusion du contrat ? On présumera en ce cas qu'il aura été stipulé pour contrepartie de la mise à disposition de la carrière, et l'on conclura par conséquent à l'existence d'un bail. S'agit-il au contraire d'une redevance proportionnelle à la quantité de

(suite p. suiv.)

néanmoins incontournables : essentiellement soumis à l'obligation de donner le bien en jouissance, il l'est inéluctablement en effet de le délivrer et d'en garantir encore la jouissance paisible en cours de location (C. civ., art. 1719 et s.). Ces autres obligations, pour être nécessaires, n'apparaissent clairement que comme la suite logique de la première, de sorte que ce ne sont pas proprement elles qui qualifieront le bail. Seulement, en leur absence, il faudra bien constater que le *tradens* ne se sera pas véritablement obligé à fournir la jouissance de son bien, et que, par conséquent, le contrat de bail sera inexistant⁽²¹⁷⁾, éventuellement requalifié en contrat d'usage précaire, voire d'usage partagé⁽²¹⁸⁾. Il ne semble pas en revanche qu'une simple restriction de cette jouissance, soit quant à l'emploi pouvant être fait de la chose, soit quant aux périodes accordées pour son usage, fasse obstacle à l'existence du bail⁽²¹⁹⁾.

Le droit de jouissance conféré au preneur peut n'être qu'un simple droit d'usage, l'obligeant alors à restituer au propriétaire, en surcroît du loyer, les fruits éventuellement perçus du bien donné en location. C'est à peu de chose près l'hypothèse du prêt à intérêts lorsque ceux-ci dépassent la valeur normalement productible par le bien transmis soit, pour une somme d'argent, s'ils sont supérieurs au taux légal. En quoi la plupart des prêts consentis par les établissements de crédit répondraient mieux à la qualification de louage de chose qu'à celle de prêt⁽²²⁰⁾, si le Code civil n'avait justement obvié à cette difficulté en prévoyant un régime juridique propre au seul prêt de consommation.

Le cas du prêt pécuniaire pose du reste une autre difficulté, propre à tout louage de chose de genre ou consommable, considérant que la mise à disposition d'un tel bien emporterait nécessairement transfert de sa propriété, en contradiction avec la nature

matériaux extraits ? On en déduira alors que le droit transmis à l'exploitant porte sur les meubles par anticipation qu'il arrachera à la terre, et l'on qualifiera la convention de vente de choses futures (c'est-à-dire de promesse de vente : v. *supra*, n° 336, *in fine*). Et si le prix emprunte l'un et l'autre de ces deux modes de calcul, on y verra à la fois un contrat de bail portant sur la carrière, et un contrat de vente pour le matériau destiné à en être extrait. Rappr. en ce sens 3^e civ., 30 mai 1969, *Bull.*, III, n° 437 (*D.* 1969, p. 561 ; *JCP* 1970, II, 16173, note H.-G. Hubrecht ; *RTD civ.* 1970, p. 188, obs. G. Cornu), qui réproouve la qualification de bail retenue par les juges du fond, estimant que la concession « *constituait une vente de matériaux à extraire, envisagés dans leur état futur de meubles, comme meubles par anticipation* », dans une hypothèse où le contrat avait été stipulé « *moyennant une redevance calculée d'après la quantité de produits extraits* ». Comp. 3^e civ., 23 oct. 1983, *Bull.*, III, n° 197, qui ne s'en tient plus qu'à un motif d'ordre général pour écarter le moyen qui reprochait à la cour d'appel d'avoir conclu à l'existence d'une vente alors qu'une partie de la redevance annuelle avait été fixée forfaitairement.

(217) V. Civ., 19 janv. 1863, *DP* 1863, I, p. 248 ; S. 1863, I, p. 185 : « *Attendu qu'un contrat ne peut légalement exister s'il ne renferme les obligations qui sont de son essence, et s'il n'en résulte un lien de droit pour contraindre les cocontractants à les exécuter ; Attendu qu'il est de l'essence du contrat de louage que le bailleur s'oblige à faire jouir le locataire de la chose louée, et à l'entretenir, pendant la durée du bail, en l'état de servir à l'usage auquel elle est destinée* ».

(218) V. en ce sens 3^e civ., 11 janv. 2006, *Bull.*, III, n° 10 (*AJDI* 2006, p. 458, obs. Y. Rouquet ; *RDC* 2006, p. 758, obs. J.-B. Seube ; *D.* 2007, pan., p. 903, obs. N. Damas), qui décide que, en l'état d'un accord prévoyant « *la mise à disposition d'un bassin de piscine partagé avec d'autres utilisateurs et selon des horaires modifiables à tout moment* », la cour d'appel a pu retenir « *qu'en l'absence d'une libre disposition à usage exclusif de ce local, la convention signée entre les parties ne pouvait être qualifiée de bail* ».

(219) Ce qui justifie la validité des clauses venant limiter les garanties du bailleur ou mettant à la charge du preneur certaines des obligations – mais non la totalité – que l'article 1719 impute normalement au propriétaire : 1^{re} civ., 8 mars 1966, *Bull.*, I, n° 170 ; 3^e civ., 30 mai 1996, pourvoi n° 94-15828 ; 24 fév. 1999, pourvoi n° 97-13464 ; 19 mars 2003, pourvoi n° 01-17187. Rappr. bornant l'étendue de ces clauses : 3^e civ., 17 nov. 1998, pourvoi n° 97-11492 ; 5 juin 2002, *Bull.*, III, n° 123 ; 8 nov. 2011, pourvoi n° 10-26816.

(220) Sur quoi, v. déjà *supra*, n° 317, spéc. note 134.

personnelle du droit normalement consenti au preneur⁽²²¹⁾. Comme pour le prêt cependant⁽²²²⁾, cette difficulté se résout en ayant égard, d'une part, au caractère temporaire du droit du preneur, ce qui distingue le bail irrégulier de la vente ou de l'échange, et, d'autre part, au fait que l'intention des parties n'a pas été d'opérer un transfert de droit réel, lequel n'est qu'un effet légal, ce qui distingue encore le contrat de bail de la cession d'usufruit ou de la fiducie. La subtilité de ce dernier critère laisse toutefois percevoir le peu de distance qui sépare ces différentes qualifications, et envisager que le contrat de bail portant sur un bien fongible ou consommable puisse être reconnu inexistant à la faveur, notamment, d'une requalification en cession d'usufruit (C. civ., art. 587).

369. Les baux qui n'en sont pas – En dehors de cette hypothèse, la qualification de bail ne se concilie pas avec l'idée qu'il puisse transmettre un droit réel au preneur. La nature personnelle de la jouissance qu'il confère lui est proprement constitutive : sans elle, le contrat de bail est nécessairement inexistant. Si bien qu'il est au moins trois contrats, pourtant qualifiés de baux, qui n'en sont pas vraiment. Le **bail emphytéotique**, d'abord, qui transfère à l'emphytéote le droit réel de jouir du fonds pour un temps allant de 18 à 99 ans, et l'autorise par voie de conséquence à aliéner ce droit (C. rur., art. L. 451-1), se conforme bien mieux aux traits d'une cession d'usufruit. Le **bail à construction**, ensuite, qui présente la même économie (C. constr. et hab., art. L. 251-1 et s.), doit pour cette raison recevoir la même qualification⁽²²³⁾. Le **bail à rente**, enfin, par lequel un preneur se voit attribuer la propriété d'un bien contre paiement d'une rente au bailleur jusqu'à sa décision de le lui restituer, ne se comprend pas autrement que comme une vente consentie contre paiement d'une rente perpétuelle, laquelle est essentiellement rachetable (C. civ., art. 530). De telle sorte que si le débirentier, et sa succession, ne se décide pas à restituer le bien, il en restera le seul propriétaire, sans que le crédirentier ne puisse jamais le récupérer. Ce qui est vrai, simplement, c'est que ce transfert de propriété a été grevé d'une charge perpétuelle dont l'inexécution, toujours possible, opérera réalisation d'une condition

(221) On ne discute plus aujourd'hui en effet que le louage de chose confère un droit personnel et non réel au preneur. Comp. R.-Th. TROPLONG, *De l'échange et du louage*, préc. (*supra*, note 175), art. 1709, n° 5, p. 58, qui défendait l'idée que toute jouissance donnée sur un bien ne pouvait l'être que par un droit réel.

(222) V. *supra*, n° 364, *in medio*. Dès lors que le caractère consommable du bien ne fait pas obstacle à l'existence d'un prêt, non plus que d'un dépôt, on comprend mal comment la Cour de cassation peut tirer argument de cette nature consommable de la chose mise à disposition pour refuser la qualification de bail à la concession de carrière. V. ainsi 3^e civ., 30 mai 1969, préc. (*supra*, note 216), qui au visa de l'article 1713 du Code civil pose immédiatement pour principe que « *malgré la généralité de ce texte, il est des biens qui sont insusceptibles de faire l'objet d'un contrat de louage, notamment lorsqu'il est impossible de jouir de la chose louée sans en consommer la substance* » ; et encore 23 oct. 1983, préc. (*ibid.*), qui affirme « *qu'il ne peut y avoir contrat de louage lorsque le preneur consomme la substance même de la chose, objet du contrat* ».

(223) Analyse qui s'applique encore à la concession immobilière, laquelle, transférant également un droit réel de jouissance entre les mains du concessionnaire, a au moins pour elle de ne pas être qualifiée de bail par la loi du 30 décembre 1967 qui la réglemente.

résolutoire qui autorisera, même sans rétroactivité, le vendeur à recouvrer son bien ce moment venu⁽²²⁴⁾.

Et puisque le contrat de bail suppose de mettre une chose à disposition du preneur, le **bail à nourriture** est lui aussi bien mal nommé. Ce que rémunère celui qui bénéficie ici des soins de son cocontractant, ce n'est pas le droit de jouir d'un bien mais d'un service, de sorte qu'il s'agirait plutôt en réalité d'un contrat d'entreprise, peu important que sa propre obligation consistât en la cession d'un bien en nature⁽²²⁵⁾. Il est du reste tout à penser que le mot ressortit ici à un ancien usage, qui consistait à viser sous le terme de bail toute espèce de louage, qu'il fût de bien ou de service. À considérer même que cette qualification traditionnelle s'expliquerait, à l'inverse, par l'idée que le débiteur de l'obligation d'entretien reçoit parfois pour toute rétribution un droit de jouissance sur un bien appartenant à son cocontractant, il faudrait encore relever que son propre paiement, résidant dans un service, ne peut pas tenir lieu de loyer. Il ne s'agirait en ce dernier cas que d'un échange de services, lequel demeure un contrat innommé⁽²²⁶⁾. En toute hypothèse donc, comme le bail emphytéotique et le bail à rente, le bail à nourriture ne figure qu'un contrat de bail inexistant.

b. Le louage de service

370. Une terminologie fluctuante – Le Code civil oppose au louage de chose le louage d'ouvrage (art. 1708), sous lequel il comprend aussi bien, mais sans les identifier formellement, trois espèces différentes. La première est le *louage d'ouvrage* au sens strict, c'est-à-dire la prestation de service qui se limite à une mission particulière par un conducteur demeurant libre des moyens mis en œuvre dans sa réalisation. La deuxième regarde le *louage de service* au sens restreint que le XIX^e siècle accordait à cette expression, visant par là la location d'une force de travail mise à la disposition d'un employeur définissant ses conditions d'exécution, et sous l'autorité duquel le travailleur se trouve ainsi placé. La troisième enfin, que l'on qualifiait à la même époque de *louage d'industrie*, intéresse la situation intermédiaire dans laquelle le prestataire engage encore sa force de travail au

(224) Une autre perspective situerait la prestation caractéristique du côté du service de la rente plutôt que de celui du transfert de propriété, et inviterait à qualifier alors la convention de contrat de rente perpétuelle contre cession de propriété, soit comme une sorte d'échange. Mais le fait que la condition résolutoire appartienne au créancier plutôt qu'au cédant tend à reporter la force obligatoire de la convention sur le second, et à mettre ainsi l'accent sur son obligation de céder son bien plutôt que sur celle de son cocontractant de lui servir une rente.

(225) V. *infra*, n° 371. En revanche, si l'obligation d'entretien ne se liquide pas en nature mais en espèce, elle ne constituera plus qu'une rente viagère susceptible de servir de prix au bien cédé en contrepartie, et l'on retrouverait alors la qualification de vente (v. *supra*, n° 360). Il en résulte que la jurisprudence, qui procède à la conversion de l'obligation d'entretien en rente viagère au cas de mécontentement rendant impossible la bonne exécution de la prestation convenue, convertit aussi, ce faisant, le contrat d'entreprise en contrat de vente : v. en ce sens Civ., 27 nov. 1950, *Gaz. Pal.* 1951, I, p. 132 ; RTD civ. 1951, p. 269, obs. J. Carbonnier ; 1^{re} civ., 21 avril 1976, *Bull.*, I, n° 131.

(226) V. *supra*, n° 366.

service d'un employeur mais en restant ici libre de ses conditions d'exécution, en sorte qu'il ne se situe plus nécessairement sous l'autorité de ce dernier. Au vrai cependant, cette dernière catégorie ne s'est jamais tout à fait détachée des précédentes : selon en effet que le prestataire se trouve ou non dans un lien de subordination avec son employeur, c'est-à-dire soumis à son pouvoir d'organisation, de direction et de discipline, on conclura à la qualification de louage de service (*e.g.* représentant de commerce salarié) ou de louage d'ouvrage (*e.g.* agent commercial indépendant). Si bien que la division de la matière s'opère plus rigoureusement aujourd'hui entre le louage d'ouvrage (*locatio operis faciendi*) et le louage de service (*locatio operarum*)⁽²²⁷⁾.

Mais la terminologie a depuis lors évolué. Si le louage d'ouvrage a conservé à peu près son domaine, sous la seule réserve de répondre plus souvent désormais au nom de contrat d'entreprise⁽²²⁸⁾, le louage de service ne se comprend plus que difficilement dans le sens qui était le sien au XIX^e siècle : délaissée par la pratique et le législateur lui-même au profit de la qualification de contrat de travail⁽²²⁹⁾, l'expression paraît mieux désigner aujourd'hui toute espèce de prestations de service, qu'elles soient ou non dirigées par le bénéficiaire. De sorte que l'on qualifiera volontiers désormais comme louage de service le genre sous lequel viendront se subsumer le contrat d'entreprise, d'une part, et le contrat de travail, d'autre part. Cette division servira ainsi à l'étude des causes d'inexistence dans le droit commun du

(227) Entre l'un et l'autre, le pouvoir de direction s'inverse donc : le *conducteur*, celui qui a le contrôle du travail fourni, est l'entrepreneur dans le premier cas, mais l'employeur dans le second ; réciproquement, le *locateur*, celui qui abandonne les moyens de production à l'autre, est le client dans le louage d'ouvrage, mais le travailleur salarié dans le louage de service. Sur ce principe de distinction, v. not. J. CUJAS, *Codicis Justiniani repetitae praelectionis – Observationum et emendationum*, I. Tornaesius, Toulouse, 1559, liv. II, chap. XXVIII, cité par R.-Th. Troplong, *De l'échange et du louage*, préc. (*supra*, note 175), art. 1710, n° 64, p. 176. Le conducteur, en somme, c'est l'entrepreneur, qu'il soit prestataire, envers ses clients, ou employeur, envers ses salariés. Et pour le louage de chose, le conducteur désigne le locataire, qui dispose du pouvoir de direction sur la chose louée, tandis que le locateur est le loueur, qui lui abandonne ce pouvoir. V. ainsi R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de louage*, préc. (*supra*, note 175), n° 1, p. 2, et n° 392, p. 133. C'est pour avoir perdu de vue que cette qualification des parties au louage reposait historiquement sur ce critère de direction que l'on en est venu à désigner aujourd'hui comme locateur d'ouvrage l'entrepreneur, par analogie avec le loueur de la chose dans le bail, plutôt que, comme hier, son client. Il est vrai que la désignation de ce dernier comme *maître de l'ouvrage* n'a pas aidé à conserver la distinction, laissant accroire qu'il serait celui des deux disposant du pouvoir de direction sur l'ouvrage.

(228) Sauf la question de savoir si la dénomination de contrat d'entreprise pourrait également s'appliquer au contrat de service conclu à titre gratuit (v. *infra*, n° 371, spéc. note 235), l'une et l'autre de ces deux qualifications recouvrent en effet la même réalité. Il paraît difficile en particulier d'admettre la proposition de PLANIOL d'après laquelle « *Quand le travail est rémunéré, ce qui est le cas général, la convention est un louage, si la rémunération est proportionnelle à la durée du travail ; une entreprise si elle est fixée à forfait, pour l'exécution d'un travail déterminé, quelle qu'en soit la durée* » (M. PLANIOL, *op. cit.* (*supra*, note 18), t. II, 1923, n° 1352 bis, p. 461 ; et art. préc. (*supra*, note 129), p. 473). Car on loue aussi bien à forfait qu'en régie : il en va à cet égard du louage d'ouvrage comme du louage de chose.

(229) Le mouvement est général, mais comporte aussi ses exceptions. Ainsi, en modifiant la rédaction de l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle, l'article 31 de la loi du 1^{er} août 2006 n'a pas pour autant abandonné l'expression issue de la loi n° 57-298 du 11 mars 1957, le troisième alinéa évoquant toujours « *l'existence ou la conclusion d'un louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit* ». Plus curieusement encore, l'article précité de la loi du 12 mai 2009 dite de simplification et de clarification du droit a entendu restituer à l'expression son sens historique plutôt qu'actuel, en intitulant « *Du louage de service* », non la totalité du Chapitre III du Titre VIII du Livre troisième du Code civil, qui traite de l'ensemble des contrats d'entreprise et de travail, mais sa seule section première, relative au contrat de travail exclusivement.

louage de service, ainsi entendu (α), tandis que l'examen de son droit spécial nécessitera d'aborder successivement les diverses espèces de louages d'ouvrage (β).

α . Le droit commun du louage de service

371. Le contrat d'entreprise – Le contrat d'entreprise, ou louage d'ouvrage, ne connaît pas de meilleure définition que celle qu'en donne l'article 1710 du Code civil : « *Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles.* »⁽²³⁰⁾ La généralité de ces termes donne à voir toute l'étendue du domaine occupé par ce type contractuel, qui passerait ainsi pour l'une de ces « *bonnes à tout faire* » dont le droit est, décidément, grand employeur⁽²³¹⁾. Pour l'infinie diversité des prestations susceptibles d'être fournies sous cette qualification, et par la multitude des espèces qui le composent, le contrat d'entreprise est assurément le genre contractuel le plus répandu⁽²³²⁾.

Tout contrat faisant naître une obligation de faire quelconque contre paiement d'un prix constitue donc un contrat d'entreprise, sans qu'il soit aucunement déterminant que ce prix soit dû en numéraire ou en nature⁽²³³⁾. Sa quotité pourrait même rester incertaine sans remettre en cause l'efficacité de la convention : on présumera simplement en cas que les parties auront entendu fixer leur prix *a posteriori*, en fonction du travail effectivement réalisé, convenant ainsi d'un ouvrage en régie plutôt qu'à forfait⁽²³⁴⁾. D'ailleurs, la stipulation

(230) On reproche parfois à cette définition de ne pas être assez discriminante, en ce qu'elle pourrait accueillir le contrat de travail aussi bien que les contrats de mandat ou de dépôt. En ce sens : F. LABARTHE et C. NOBLOT, *Le contrat d'entreprise*, LGDJ, 2008, n° 34, p. 24. Mais, strictement entendu, le salarié ne s'engage pas seulement à faire quelque chose : il se met entièrement au service de l'employeur, sa tâche étant susceptible de varier au jour le jour en fonction des besoins de ce dernier, dans les limites du poste défini par le contrat de travail (v. *infra*, n° 372). Quant aux contrats de mandat et de dépôt, ils ne sont jamais que des espèces de louage d'ouvrage (v. *infra*, n°s 373 et 374), si bien qu'il est naturel que cette définition leur convienne. S'il fallait la critiquer, ce serait plutôt pour ce que l'obligation de faire pourrait également viser celle consistant à mettre son bien à disposition de son cocontractant, soit le louage de chose autant que d'ouvrage (sur quoi, v. *supra*, n° 361). Mais même sur ce point, l'expression « *s'engager à faire quelque chose* » paraît toujours mieux désigner l'entreprise que le bail.

(231) Selon l'expression, ici, de Ph. MALAURIE, in *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Defrénois, 2009, n° 700, p. 405.

(232) Mais bien comme genre, et non comme espèce, la vente demeurant de très loin, peut-on penser, le contrat le plus souvent conclu. V. en ce sens J. CARBONNIER, « Sociologie de la vente », in *Trav. et conf. ULB*, t. VIII, Larcier, 1960, et *Flexible droit*, 8^e éd, LGDJ, 1995, pp. 317-329, spéc. p. 320, qui avançait pour « *chaque ménage un minimum vital de 3 à 4000 contrats de vente par an* », chiffre que les contrats d'entreprise sont certainement loin d'égaliser.

(233) V. ainsi Com., 2 janv. 1968, *Bull.*, IV, n° 6. *Adde* le cas du bail à nourriture, *supra*, n° 368, *in fine*. Et chez les auteurs, v. not. A. BÉNABENT, *op. cit.* (*supra*, note 88), n° 750, p. 346 ; P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, th. Paris II, 1999, éd. Panthéon-Assas / LGDJ, 2002, n° 33, pp. 63-64. *Contra* : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *op. cit.* (*supra*, note 231), n° 765, p. 441, qui estiment que le contrat d'entreprise « *doit normalement être rémunéré en argent par le maître de l'ouvrage, faute de quoi il constituerait un contrat innommé.* » ; F. LABARTHE et C. NOBLOT, *op. cit.* (*supra*, note 230), n°s 32 et 33, pp. 22-24, qui optent également pour la qualification de contrat innommé. Contrat innommé qui répondrait encore entièrement pourtant au régime du louage d'ouvrage, de sorte que l'utilité de cette disqualification n'est pas flagrante. Rapp. d'ailleurs la solution retenue pour le louage de chose, *supra*, n° 368, spéc. note 215.

(234) V. ainsi 1^{re} civ., 24 nov. 1993, *Bull.*, I, n° 339 (CCC 1994, n° 20, note L. Leveneur ; RTD civ. 1994, p. 631, obs. P.-Y. Gautier), qui rappelle qu'« *un accord préalable sur le montant exact de la rémunération n'est pas un élément essentiel du contrat de louage d'ouvrage, en sorte qu'en l'absence d'un tel accord, il appartient aux juges du* »
(suite p. suiv.)

d'un prix n'est peut-être pas si indispensable que cela à l'existence du contrat d'entreprise, pour autant que l'on admette que son domaine puisse s'étendre au-delà de celui du louage d'ouvrage pour y comprendre les contrats de service à titre gratuit⁽²³⁵⁾.

L'essentiel réside bien plutôt du côté de la prestation due par le prestataire. Et le premier risque à cet égard est celui d'une requalification du louage d'ouvrage en contrat de vente. L'hypothèse est générale en effet : chaque fois que l'entrepreneur réalise un travail sur un matériau, la question se pose de savoir si sa prestation ne résiderait pas plutôt dans la dation du bien achevé. Ce problème simple trouve une solution compliquée par l'articulation de trois critères au moins, dont deux opèrent cumulativement.

Le premier critère est celui de la propriété du matériau employé ; c'est le seul qui appelle une réponse univoque : chaque fois que le matériau appartient au client, le contrat s'analyse comme une entreprise, la propriété du bien prévalant alors sur le travail qu'il pourra recevoir. En application de l'article 570 du Code civil, la théorie de l'accession commande en effet l'incorporation du travail dans la matière travaillée⁽²³⁶⁾. Le droit commun n'est certes pas aussi systématique, l'article suivant précisant aussitôt que la spécification d'un bien emporte transfert de sa propriété au spécificateur dès lors que son travail « *surpass[e] de beaucoup la valeur de la matière employée.* » À suivre cette autre disposition, on pourrait donc en conclure que, rétrocédant cette propriété à son client, le prestataire réaliserait finalement une vente plutôt qu'une entreprise. Mais cet effet translatif *ex lege* de la spécification ne saurait s'imposer contre la volonté des parties, et il est assez vraisemblable que celles-ci auront entendu préserver en l'occurrence la propriété du maître de l'ouvrage plutôt que d'opérer un double transfert de propriété successif et inutile. C'est ce qui justifie que l'article 1711, « alinéa 6 » (alinéa 2), du Code civil dispose que les devis et marché « *sont aussi un louage, lorsque la matière est fournie par celui pour qui l'ouvrage se fait* », sans prévoir de solution aussi catégorique dans le cas contraire⁽²³⁷⁾. En toute hypothèse donc, l'existence du

fond de fixer la rémunération compte tenu des éléments de la cause ». Même le prix préalablement fixé, d'ailleurs, la jurisprudence présume encore la régie plutôt que le forfait, ce qui permet au juge, pour tout contrat d'entreprise, de réviser le prix initialement fixé en fonction du travail véritablement fourni par le prestataire. V. par ex. 1^{re} civ., 3 mars 1998, *Bull.*, I, n° 85 (*JCP* 1998, II, 10115, concl. J. Sainte-Rose), qui juge que l'article 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 réglant les conditions de rémunération des avocats « *ne saurait faire obstacle au pouvoir des tribunaux de réduire les honoraires convenus initialement entre l'avocat et son client lorsque ceux-ci apparaissent exagérés au regard du service rendu* ». Mais il est excessif d'aller jusqu'à décider que le forfait lui-même serait révisable : v. pourtant en ce sens 1^{re} civ., 5 mars 1998, *Bull.*, I, n° 168 (*CCC* 1998, n° 111, note L. Leveneur ; *Defrénois* 1998, p. 1042, obs. Ph. Delebecque), qui censure l'arrêt entrepris au motif que « *la cour d'appel ne pouvait déduire l'absence de pouvoir du juge pour réduire ces honoraires du seul fait que la rémunération prévue au contrat était forfaitaire* ».

(235) Rapp. en ce sens 1^{re} civ., 19 févr. 1968, *Bull.*, I, n° 69, qui ne mentionne pas l'existence d'un prix dans la définition qu'il donne du contrat d'entreprise : « *le contrat d'entreprise est la convention par laquelle une personne charge un entrepreneur d'exécuter, en toute indépendance, un ouvrage* ». Reste qu'on le présume encore à titre onéreux : 3^e civ., 17 déc. 1997, *Bull.*, III, n° 226.

(236) De même que les règles de l'accession immobilière telles qu'établies à l'article 555 du Code civil posent le principe de l'incorporation du bâti au fonds qui le reçoit, en vertu du même rapport de principal à accessoire. Le contrat de construction immobilière relève donc toujours, en cette hypothèse, de la qualification de contrat d'entreprise.

(237) Ou qui explique encore les termes de l'article 3, paragraphe 1^{er}, de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises signée à Vienne le 11 avril 1980 : « *Sont réputées ventes les* (suite p. suiv.) »

louage d'ouvrage ne paraît pas menacée par le voisinage de la vente tant que l'entreprise intervient sur un bien appartenant au maître de l'ouvrage.

L'inexistence point en revanche dès que l'entrepreneur, opérant sur la commande du client, fournit le matériau nécessaire à son entreprise⁽²³⁸⁾. En ce cas en effet, la qualification de l'opération dépendra de deux autres critères, dont le cumul complique singulièrement le problème. Le premier est économique : le contrat constituera une vente plutôt qu'un louage d'ouvrage si le matériau travaillé présente une valeur supérieure à ce travail⁽²³⁹⁾. C'est ainsi en considération de la valeur respective de ces deux éléments que la construction d'une machine industrielle s'analyse ordinairement comme un louage d'ouvrage⁽²⁴⁰⁾, ou que la confection d'un ouvrage textile a pu réclamer au contraire l'application du régime de la vente⁽²⁴¹⁾. Le second critère est plus technique, mais aussi plus récent : l'accord des parties répondrait à la qualification de louage d'ouvrage ou de vente selon que le prestataire aura exécuté une commande spécifique de son client ou qu'il lui aura proposé un produit de son catalogue⁽²⁴²⁾. Selon cet autre critère donc, le contrat d'entreprise deviendrait inexistant

contrats de fourniture de marchandises à fabriquer ou à produire, à moins que la partie qui commande celles-ci n'ait à fournir une part essentielle des éléments matériels nécessaires à cette fabrication ou production. »

(238) À tel point que du droit romain jusqu'au XIX^e siècle, ce cas de figure a toujours été compris comme relevant de la qualification de vente. V. ainsi Inst. Justinien, III, XXIV ; et encore R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de louage*, préc. (*supra*, note 175), n° 394, p. 134. C'est du reste cette tradition que poursuit la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels en disposant à son article 1^{er} que « *sont assimilés aux ventes les contrats de livraison d'objets mobiliers corporels à fabriquer ou à produire, lorsque la partie qui s'oblige à livrer doit fournir les matières premières nécessaires à la fabrication ou à la production.* » Et c'est toujours celle-là qui se traduit dans la jurisprudence relative à la construction de navire, que les juges continuent à systématiquement nommer « *vente à livrer* » sans avoir jamais égard aux critères servant ailleurs au choix de la qualification. V. par ex. Civ., 10 juill. 1888, DP 1889, I, p. 107 ; Req., 31 oct. 1900, DP 1901, I, p. 65 ; et encore Com., 13 oct. 1998, Bull., IV, n° 234, qui rappelle que même lorsque le contrat porte sur un bateau spécialement fabriqué pour le compte d'un client déterminé, il ne s'agirait pas plus d'un louage d'ouvrage que lorsque le contrat porte sur un navire fabriqué d'avance et en série, « *un contrat de construction dit à l'entreprise s'analysant en un contrat de vente de chose à livrer* ». L'article 1787 du Code civil a toujours semblé admettre pourtant que le travail puisse être effectué sur une matière appartenant à l'entrepreneur sans cesser d'être l'objet d'un louage d'ouvrage, disposant que « *Lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière.* » Et si sa rédaction originiaire ajoutait encore, avant que le Tribunal ne s'oppose à cet autre alinéa comme trop dogmatique, que « *dans le premier cas, c'est un pur louage ; dans le second, c'est une vente d'une chose une fois faite* », rien n'interdisait, avant que la chose ne soit achevée, de faire précéder cette vente d'un louage, simplement moins « *pur* » que le précédent.

(239) Rapp. CVIM, art. 3, § 2 : « *La présente Convention ne s'applique pas aux contrats dans lesquels la part prépondérante de l'obligation de la partie qui fournit les marchandises consiste en une fourniture de main-d'œuvre ou d'autres services.* »

(240) Pour cette qualification, v. ainsi Civ., 5 janv. 1897, DP 1897, I, p. 89, concl. A. Desjardins, et note crit. M. Planiol ; S. 1897, I, p. 73.

(241) 1^{re} civ., 27 avril 1976, Bull., I, n° 143 : « *le contrat par lequel une personne fournit à la fois son travail et des objets mobiliers doit être analysé juridiquement comme une vente des lors que le travail en constitue l'accessoire* ». Quoique cet arrêt, généralement présenté comme mettant en application le critère économique, ne manque pas d'ambiguïté considérant que, précisément, le pourvoi faisait valoir que « *le contrat par lequel une personne s'engage à exécuter un ouvrage en fournissant à la fois son travail et la matière contre un prix très supérieur à celui des fournitures constitue, aux termes de l'article 1787 du code civil, un contrat d'entreprise et non pas une vente* ». Dans ces conditions, il restait à expliquer sur quel critère la cour d'appel avait pu s'appuyer pour juger malgré tout que l'ouvrage, d'une valeur supérieure à celle des matériaux, constituait encore leur accessoire. Il n'est dit nulle part en effet que son appréciation fut différente sur ce point de celle faite par le demandeur au pourvoi.

(242) Cet autre critère paraît trouver son origine dans le rapport remis en 1978 par le groupe de travail de la Commission technique de la sous-traitance présidé par Jacques GHESTIN, où l'on trouve l'idée que la qualification de sous-traitance, et donc de louage d'ouvrage, suppose que la conception de la chose

(suite p. suiv.)

si l'ouvrage correspondait à une production standardisée du prestataire, quand bien même, par hypothèse, ne procéderait-il à la fabrication que sur la demande du client⁽²⁴³⁾.

La coexistence de ces deux critères ne poserait pas en soi de difficulté particulière s'ils n'avaient pas vocation à jouer ensemble dans la qualification d'un même contrat⁽²⁴⁴⁾. Leur articulation prend alors la forme d'un tableau à double entrée au sein duquel la qualification de vente apparaît au moins une fois, dans l'hypothèse où l'élément économiquement prédominant réside dans la matière fournie par le prestataire et où celui-ci ne ferait que proposer un ouvrage standardisé. En ce cas en effet, l'existence du contrat de vente, et l'inexistence corrélative du louage d'ouvrage, apparaissent acquises. À l'opposé, on n'hésitera guère à qualifier la convention des parties de contrat d'entreprise lorsque le maître de l'ouvrage commandera un travail spécifique ne réclamant à l'entrepreneur qu'un investissement matériel minime. Les cas de figure intermédiaires sont en revanche moins patents. Sans doute est-il encore possible d'estimer qu'une prestation réalisée en série doit toujours s'analyser comme un louage d'ouvrage dès lors que la valeur du travail réalisé dépasse celle de la matière travaillée⁽²⁴⁵⁾. Mais l'hypothèse inverse dans laquelle le client commande un travail spécifique nécessitant pour l'entrepreneur de travailler un matériau de grande valeur lui appartenant semble mal se prêter à une qualification exclusive faute de pouvoir mettre alors en évidence aucun rapport de principal à accessoire⁽²⁴⁶⁾. Il paraît difficile en effet d'éviter ici le cumul de qualifications, les deux obligations de faire et de

appartienne à l'entrepreneur plutôt qu'à son cocontractant. V. A. LABBÉ, « Contrat de vente et contrat d'entreprise en matière de sous-traitance », *RTD com.* 1981, pp. 1-27, spéc. n° 13, p. 10 : « *Le travail fourni doit être considéré comme l'élément principal du contrat lorsque l'objet réalisé est spécialement conçu et produit, en vue d'objectifs définis et selon des spécifications qui, même si elles ne portent pas sur les moyens à mettre en œuvre, sont imposées à l'une des parties pour satisfaire à des exigences précises et déterminées à l'avance.* » La proposition a peut-être inspiré la Cour de cassation, lorsqu'elle conclut à l'existence d'un contrat de sous-traitance au motif que l'ouvrage du prestataire relevait d'un *travail spécifique* : 3^e civ., 5 févr. 1985, *Bull.*, III, n° 23 ; *D.* 1986, p. 499, note J. Huet ; *RTD civ.* 1985, p. 737, obs. Ph. Rémy. Depuis lors, ce critère a été constamment employé. V. parmi beaucoup d'autres : Com., 4 juill. 1989, *Bull.*, IV, n° 210 ; *D.* 1990, p. 246, note G. Virassamy ; *JCP* 1990, II, 21515, note Y. Dagorne-Labbé ; *RTD civ.* 1990, p. 105, obs. Ph. Rémy ; 3^e civ., 19 juin 1991, *Bull.*, III, n° 185 ; Com., 1^{er} oct. 1991, *Bull.*, IV, n° 268 ; *CCC* 1991, n° 234, note L. Leveneur ; 3^e civ., 30 oct. 1991, *Bull.*, III, n° 257 ; Com., 3 janv. 1995, *Bull.*, IV, n° 2 ; *Rapp.*, p. 291 ; *JCP E* 1995, 755, obs. F. Labarthe ; 1^{re} civ., 14 déc. 1999, *Bull.*, I, n° 340 ; 3^e civ., 9 juin 1999, *Bull.*, III, n° 135 ; Com., 7 nov. 2006, *Bull.*, IV, n° 215 ; *CCC* 2007, n° 62, note L. Leveneur ; *JCP E* 2007, 2345, note F. Ludwiczak ; 3^e civ., 18 nov. 2009, pourvoi n° 08-19355 ; *D.* 2010, p. 741, note F. Labarthe.

(243) Dans le cas contraire, la qualification de vente ne serait pas douteuse. La confection sur mesure suppose toutefois plus qu'une simple personnalisation du bien en fonction des options choisies par le client : celui-ci doit concevoir jusqu'aux qualités substantielles de l'ouvrage commandé.

(244) On présente parfois le second critère comme ayant supplanté le premier, ainsi délaissé par la jurisprudence. S'il est vrai que la Cour de cassation ne recourt quasiment plus qu'au critère du travail spécifique, il ne semble pas que l'on puisse pour autant se passer de celui pris de la valeur respective du matériau et du travail, sous peine de conclure à des qualifications aberrantes. Sans cet autre critère en effet, il faudrait décider qu'un restaurateur est un vendeur plutôt qu'un entrepreneur (v. ci-dessous, note suiv.).

(245) Le restaurateur qui propose sa carte ne fait pas tant payer les aliments cuisinés que cette cuisine elle-même, en sorte que le contrat que le client conclut avec lui est un contrat d'entreprise et non une vente.

(246) L'exemple classique est celui de la cliente qui solliciterait un joaillier afin de lui fabriquer une parure à partir de pierres appartenant à celui-ci et selon un modèle qu'elle lui fournira. À défaut de lui fournir ce modèle, le contrat ne constituerait plus qu'une vente. Et si même la valeur des pierres utilisées ne devait pas dépasser celle du travail réalisé, il est à penser que le contrat s'analyserait encore comme une vente en l'absence d'instructions spécifiques du client, tandis que, dans le cas contraire, la qualification de contrat d'entreprise reprendrait le dessus.

donner du prestataire apparaissant aussi déterminantes l'une que l'autre⁽²⁴⁷⁾. Dans ce cas de figure, il y aura bien une entreprise, mais aussi une vente consécutive à la première, en sorte que ce contrat, qui les réunit l'une et l'autre, ne pourra répondre qu'à la qualification de contrat complexe, en lieu d'un contrat d'entreprise qui resterait pour sa part inexistant⁽²⁴⁸⁾.

Le risque de requalification presse aussi du côté du louage de chose. Dans l'hypothèse en effet où le service s'accompagnerait de la délivrance d'un bien sur lequel le client disposerait d'une certaine maîtrise, il pourra devenir délicat de déterminer si la jouissance concédée porte toujours sur le service rendu ou sur la chose mise à disposition. Le critère de distinction paraît résider ici dans l'idée que le maître de l'ouvrage n'est créancier que d'un résultat et est censé abandonner les moyens de l'atteindre à la décision de l'entrepreneur. Ainsi la mise à disposition d'une monture pour une randonnée équestre organisée demeure-t-elle un louage d'ouvrage tant que l'organisateur conserve une maîtrise d'ensemble sur ses chevaux⁽²⁴⁹⁾. La jouissance porte toujours alors sur le service et non sur la chose. Mais que le prestataire transfère d'une manière ou d'une autre son pouvoir de direction au client et celui-ci en deviendra le locataire, le contrat d'entreprise s'effaçant alors au profit du contrat de bail. Ce transfert pourra avoir aussi lieu, et le plus souvent même, par le biais du préposé qui aura été mis à disposition par l'entrepreneur. Selon en effet que ce conducteur demeure maître de l'utilisation de l'appareil, seulement subordonné aux consignes de son propre employeur, ou que ce dernier l'aura, même temporairement, confié au pouvoir de direction et d'organisation du client, le contrat ne répondra plus à la même qualification. Car, en soumettant son opérateur au contrôle de son cocontractant, le prestataire confère nécessairement à ce dernier le contrôle sur la chose elle-même, en sorte que c'est bien celle-ci qui, en fin de compte, lui aura été confiée⁽²⁵⁰⁾.

(247) Pour cette qualification cumulative, v. déjà CASSIUS, *in* Inst. Gaius, III, 147 ; Ch. AUBRY et Ch. RAU, *op. cit.* (*supra*, note 10), § 374, p. 526, en note. V. égal. J. HUET, *op. cit.* (*supra*, note 88), n° 11128, p. 84 ; et plus gén. F. LABARTHE, « Les conflits de qualification – Éléments de réflexion à partir de la distinction entre le contrat d'entreprise et d'autres contrats », *in* *Les droits et le Droit – Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, pp. 539-558, n°s 13 à 18, pp. 545-552. Et en jurisprudence : 3^e civ., 16 mars 1977, *Bull.*, III, n° 131 (*JCP* 1978, II, 18913, note T. Hassler ; *RTD civ.* 1977, p. 785, obs. G. Cornu), qui décide, à propos de la vente clés en main d'une centrale électrique, que les juges du fond « *on pu estimer que la convention complexe [...] comportait à la fois un louage d'ouvrage et une vente de fournitures* » ; ou encore Com., 23 janv. 1978, *D.* 1978, IR, p. 424, pour la livraison et l'installation d'une serre.

(248) Il est du reste d'autres illustrations de qualifications cumulatives tournées autour du louage d'ouvrage. On rencontre ainsi, en sens inverse, des ventes-services – comme on rencontrait précédemment des locations-services – c'est-à-dire des contrats prévoyant un transfert de propriété suivi – et non précédé – d'une entreprise consistant assez souvent en une obligation de maintenance ou d'entretien du bien vendu. Et le contrat de vente qui prévoirait de mettre à la charge du vendeur l'obligation de livrer le bien jusque chez l'acquéreur répondrait tout autant de cette qualification complexe de contrat de vente et de transport.

(249) V. par ex. 1^{re} civ., 27 mars 1985, *Bull.*, I, n° 111 ; *RTD civ.* 1986, p. 768, obs. J. Huet ; 11 mars 1986, *Bull.*, I, n° 64 ; *RTD civ.* 1986, p. 608, obs. Ph. Rémy, et p. 768, obs. J. Huet ; et 3 mai 1988, *Bull.*, I, n° 126.

(250) V. au sein d'une jurisprudence foisonnante : Com., 1^{er} déc. 1992, pourvoi n° 90-18315 (*CCC* 1993, n° 70, note L. Leveneur), selon quel arrêt la mise à disposition d'un matériel de levage avec le personnel apte à le faire fonctionner est un louage de chose dès lors que les grues sont confiées à la garde exclusive du preneur et que le personnel de manutention se trouve placé sous sa direction. Sur le principe de la distinction, v. déjà Com., 10 juill. 1963, *Bull.*, III, n° 370.

Et si le prestataire met son préposé, sinon lui-même, à la disposition du client sans le support d'aucun matériel particulier, le contrat d'entreprise risque de le céder cette fois au contrat de travail. Il faudra vérifier pour le constater que le client dispose du pouvoir d'organiser et de commander les moyens de l'exécution du service en plus d'en requérir le résultat. En ce cas, le préposé ne s'engagerait plus seulement, selon la lettre de l'article 1710 du Code civil, « à faire quelque chose » pour le maître de l'ouvrage devenu employeur : il lui concéderait sa force de travail.

On observe ainsi que le contrat d'entreprise connaît de multiples causes d'inexistence, et qu'il viendra en particulier à disparaître chaque fois qu'il porte sur un matériau ou un fonds appartenant au client, que la valeur du matériau appartenant au prestataire dépasse celle de son travail, ou que le client se voit attribuer un pouvoir de direction sur le matériel ou sur le préposé mis à sa disposition.

372. Le contrat de travail – En l'absence de définition légale, on s'accorde pour comprendre le contrat de travail comme « la convention par laquelle une personne physique s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre personne, physique ou morale, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération »⁽²⁵¹⁾. Le contrat de travail s'analyse donc comme un louage d'industrie subordonnant le locateur à son employeur.

Louage d'industrie, ou de service, plutôt que d'ouvrage au sens strict, l'objet de la relation salariée ne porte pas sur un résultat (l'ouvrage) mais sur un moyen (le service, ou travail), même éventuellement mis en œuvre en vue d'atteindre le premier. Il n'oblige pas à exécuter une mission déterminée mais à mettre à disposition une compétence, une force de travail⁽²⁵²⁾. Même lorsque la convention prévoit de limiter l'intervention du salarié à l'obtention d'un résultat précis, il ne s'agit encore que de définir par là la durée du contrat et non de réduire son objet à cet objectif.

Mais ce qui distingue avant tout le contrat de travail du contrat d'entreprise, c'est le rapport de subordination dans lequel se place le locateur vis-à-vis de l'employeur. On le vérifie quand ce dernier dispose d'un pouvoir d'organisation, de direction et de discipline sur le travail du premier⁽²⁵³⁾, lorsqu'au moins la loi ne présume pas ce lien de

(251) Définition proposée par J. PÉLISSIER, A. SUPLOT et A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, 24^e éd., Dalloz, 2009, n° 284, p. 381.

(252) Sur quoi v. not. Th. REVET, *La force de travail*, th. Montpellier, 1991, Litec, Bibl. dr. entreprise, t. 28, 1992, qui suggère de réifier cet objet.

(253) Le lien de subordination a été consacré comme critère constitutif du contrat de travail par un arrêt *Bardou* du 6 juillet 1931 rendu par la Chambre civile de la Cour de cassation (*DP* 1931, I, p. 121, note P. Pic ; *Les grands arrêts dr. trav.*, par J. Péliissier et al., 4^e éd., Dalloz, 2008, n° 1), qui le soumet à l'épreuve d'une trilogie direction, surveillance et autorité. La définition actuelle résulte d'un arrêt *Société générale* du 13 novembre 1996 (Soc., 13 nov. 1996, *Bull.*, V, n° 386 ; *Dr. social* 1996, p. 1067, note J.-J. Dupeyroux ; *JCP E* 1997, II, 911, note J. Barthélémy ; *Les grands arrêts dr. trav.*, préc., n° 2), énonçant que le lien de subordination est « caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné », tandis que « le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail ».

subordination⁽²⁵⁴⁾, ou qu'elle n'affranchit pas même de ce critère la qualification de contrat de travail⁽²⁵⁵⁾. On observe ainsi que même cette condition, pourtant primordiale, du contrat de travail connaît ses limites⁽²⁵⁶⁾. Car, dans le dernier cas au moins, on est bien tenu de relever qu'il pourrait y avoir un contrat de travail par autorité de la loi en l'absence même de tout lien de subordination, ce qui conduirait, soit à faire douter de la réalité de la qualification, soit à relativiser la préséance de ce critère. Peut-être ne suffit-il pas, en outre, que le salarié soit en situation de subordination juridique envers son employeur : le fait que la relation salariée ne se conçoive qu'au profit d'un travailleur personne physique laisse en effet penser qu'il faudrait encore que l'emploi ait un caractère proprement alimentaire pour son titulaire. Le critère de la dépendance économique viendrait alors se joindre, pour l'élargir, à celui du lien de subordination⁽²⁵⁷⁾, laquelle se ferait ainsi autant juridique qu'économique.

Pour exister, enfin, le contrat de travail doit être salarié, c'est-à-dire prévoir le versement d'une rémunération au profit de celui qui fournit son travail. Cette rémunération est même nécessaire en ce qu'il ne suffira pas toujours de ne rien convenir, voire de stipuler le

On traduit classiquement le critère du lien de subordination par l'idée de dépendance juridique plutôt qu'économique, celle-ci n'étant utile qu'à faire présumer celle-là. Mais au vrai la subordination est d'abord un état de fait : c'est parce que l'on relèvera que l'employeur disposait d'une autorité sur le locateur et d'un pouvoir de direction sur son travail que l'on pourra caractériser la subordination, en déduire l'existence d'une relation salariée, et seulement enfin, par la même voie de conséquence, la dépendance juridique du salarié. V. en ce sens J. PÉLISSIER, A. SUPLOT et A. JEAMMAUD, *op. cit.* (*supra*, note 251), n° 301, p. 401. Et encore de la façon la plus claire, Soc., 16 avril 2011, pourvoi n° 10-15573, *Bull.* : « *Attendu cependant que l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs ; que le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné* ».

(254) Le Code du travail pose cette présomption en faveur des travailleurs à domicile (art. L. 7413-2) ; des journalistes professionnels (art. L. 7112-1) ; des artistes du spectacle (art. L. 7121-3) ; des mannequins (art. L. 7123-3) ; ou même des « *gérants de succursales* », comprenant notamment sous ce nom « *toute personne [...] dont la profession consiste essentiellement [...] à vendre des marchandises de toute nature qui leur sont fournies exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise* » (art. L. 7321-2). Mais il ne s'agit bien à chaque fois que d'une simple présomption : v. Soc., 1^{er} févr. 1995, *Bull.*, V, n° 47, pour les journalistes ; 12 janv. 1995, pourvoi n° 92-11944 ; *RJS* 1995, n° 162, pour les artistes du spectacle ; 16 janv. 1996, *RJS* 1997, n° 326, pour les mannequins.

(255) Ce qui vaut en particulier pour les représentants de commerce, dès lors qu'ils exercent leur activité pour le compte exclusif de leur employeur (C. trav., art. L. 7313-1, issu de L. 57-277 du 7 mars 1957) ; et qui valait également en faveur du conjoint du chef d'entreprise sous l'empire de l'ancien Code du travail (art. L. 784-1 anc., abrog. ord. 2007-329 du 12 mars 2007), tel qu'interprété par la Cour de cassation. Ainsi jugé que « *l'existence d'un lien de subordination [...] n'est pas une condition d'application des dispositions de l'article L. 784-1 du Code du travail* » : Soc., 6 nov. 2001, *Bull.*, V, n° 339 ; *Rapp.*, p. 373 ; *D.* 2002, p. 987, note P. Rossi, et SC, p. 766, obs. P. Lokiec ; *JCP* 2002, II, 10030, note D. Corrignan-Carsin ; *Dr. social* 2002, p. 403, « Les relations professionnelles entre époux ou le travail sans la subordination », par F. Favennec-Héry.

(256) Certains auteurs estimant même que ce critère se déduirait suffisamment de l'objet, seul principal, du contrat de travail compris comme une mise à disposition d'une force de travail. V. par ex. M. FABRE-MAGNAN, « Le contrat de travail défini par son objet », in *Le travail en perspectives*, dir. A. Supiot, LGDJ, Droit et société, vol. 22, 1998, pp. 101-124. À quoi l'on peut toujours répondre que constater l'existence d'un lien de subordination a justement pour but de mettre en évidence que l'objet du contrat portait bien sur cette force de travail et non sur un simple service.

(257) *Rapp.* en ce sens H. CAPITANT et P. CUCHE, *Précis de législation industrielle*, 5^e éd., Dalloz, 1939, n° 140 : « *Le lien de subordination entre celui qui fournit le travail et celui qui le paie ne peut être considéré comme l'unique critérium du contrat de travail. Il faut lui en juxtaposer un autre : la dépendance économique de celui qui fournit le travail à l'égard de celui qui lui paie.* »

contraire, pour écarter la qualification de contrat de travail et l'obligation consécutive de rémunérer le travailleur au niveau du salaire minimum légal⁽²⁵⁸⁾. La gratuité n'est envisageable en effet qu'au prix d'une requalification du contrat en convention d'assistance ou d'entraide bénévole, laquelle suppose de constater d'abord l'absence de tout lien de subordination, voire de tout engagement⁽²⁵⁹⁾. En ce sens, le salaire apparaît moins comme un critère distinctif du contrat de travail que comme un effet de sa qualification, n'intervenant tout au plus à ce stade que comme un indice participant à établir l'existence d'un lien de subordination.

Et de fait, il semble bien que la plupart des conditions d'existence du contrat de travail se rapportent en définitive à l'élément principal que constitue la subordination – juridique et économique – du salarié à son employeur. Ainsi, le fait que la personne du salarié ne puisse être que physique, par l'immédiateté de la dépendance à laquelle celui-ci se trouve ainsi assujéti, permet de caractériser d'autant plus facilement le lien de subordination. De même, si la gratuité de la prestation présuppose l'absence de subordination, l'existence d'une rémunération participe à l'inverse à créer elle aussi ce rapport de dépendance du travailleur à son employeur. Et c'est encore parce que le travail s'effectue sous la direction de son bénéficiaire que l'on peut en déduire que le débiteur, ainsi privé du choix des moyens nécessaires à sa réalisation, ne s'oblige pas à obtenir un résultat qui tiendrait dans la confection d'un ouvrage, mais à se mettre au service d'un employeur⁽²⁶⁰⁾.

Cette remarque explique que l'absence factuelle de l'un de ces éléments, pourtant nécessaires à la formation du contrat de travail, ne suffise pas toujours à le disqualifier, tant que l'existence d'un lien de subordination peut encore être avérée. Ce seul critère tend en effet à attirer à lui tous les autres : la clause de bénévolat sera réputée non écrite, l'écran de la personne morale employée disparaîtra pour dévoiler la personne de son dirigeant, et la mission à laquelle le contrat confinerait le travail convenu se comprendra comme un terme extinctif et non comme l'objet même de l'obligation du salarié. Joint à la nécessité de

(258) À tel point que, par exception au droit commun, les parties ne pourraient pas même chercher à lier le juge « *par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat* », l'ordre public qui s'attache au régime du salariat interdisant de recourir à la faculté prévue à l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile. Solution constante depuis Ass. plén., 4 mars 1983, *Bull.*, AP, n° 3 ; *D.* 1983, p. 381, concl. J. Cabannes. V. encore depuis Soc., 17 avril 1991, *Bull.*, V, n° 200 ; 19 déc. 2000, *Bull.*, V, n° 437 ; ou encore 20 janv. 2010, pourvoi n° 08-42207 ; *D.* 2010, AJ, p. 377, obs. B. Ines : « *Attendu que l'existence d'une relation de travail salarié ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs* ».

(259) Concluant ainsi à l'inexistence du contrat de travail, requalifié en assistance bénévole au constat, même implicite, de l'absence de lien de subordination : Soc., 16 oct. 1959, *Bull.*, IV, n° 1018 ; 3 juin 1966, *Bull.*, IV, n° 538 ; 13 déc. 1973, *D.* 1974, SC, p. 19 ; 18 mars 1992, *Dr. social* 1992, p. 661, note J. Savatier. Sur l'hypothèse, v. not. S. MOREAU, « L'activité désintéressée, fiction ou réalité en droit social ? », *Rev. dr. sanit. et soc.* 1981, p. 507 ; M. MORAND et Ph. COURSIER, « Le contrat de travail solidaire », *Dr. social* 2003, p. 155.

(260) Comp. H. GROUTEL, « Le critère du contrat de travail », in *Tendances du droit du travail français contemporain – Études offertes à G. H. Camerlynck*, Dalloz, 1978, pp. 49-61, nos 20 et 21, pp. 57-58, qui, observant que « *la subordination n'est plus, d'une manière générale en droit social, qu'un ensemble de circonstances, au demeurant fort diverses, permettant d'affirmer que le travailleur est l'un des éléments humains occupant une place dans une entreprise dont il n'est pas l'organisateur* », propose à l'inverse de substituer le critère de la subordination par celui tiré de « *la participation à l'entreprise d'autrui* » pour qualifier le contrat de travail.

protéger l'intérêt toujours supérieur du plus vulnérable, dont les ressources vitales sont ici en jeu, on mesure la force de gravitation que le contrat de travail tend à exercer sur les qualifications voisines.

Pour autant, il arrive que le juge constate aussi l'inexistence du contrat de travail. Il le fait notamment alors en le requalifiant en simple louage d'ouvrage⁽²⁶¹⁾, soit qu'il relève que le prestataire demeure libre des conditions de son activité, sa sujétion se limitant tout au plus à suivre les instructions de son cocontractant⁽²⁶²⁾, soit que le préposé œuvrant à la réalisation de l'ouvrage demeure sous la direction de son propre employeur, se soustrayant ainsi au pouvoir de direction du client⁽²⁶³⁾. Du louage d'ouvrage doit être également rapproché le contrat de mandat, dont l'existence, sans faire nécessairement obstacle à celle d'un contrat de travail, contribue cependant à en rendre le constat plus difficile⁽²⁶⁴⁾. Et c'est parfois encore le contrat de société lui-même qui se prêtera au jeu de la requalification, lorsqu'il pourra être constaté que l'un et l'autre des contractants, non seulement entretenaient une relation en réalité essentiellement égalitaire, mais avaient même vocation à partager les bénéfices, et surtout les pertes, nés de l'activité de l'un d'entre eux. En un tel cas, les prétendus employeur et salarié sont en réalité deux associés ayant réalisé, pour l'un, un apport en nature et, pour l'autre, un apport en industrie⁽²⁶⁵⁾.

(261) Sur la proximité des contrats de travail et d'entreprise, v. not. M.-L. MORIN, « Louage d'ouvrage et contrat d'entreprise », in *Le travail en perspectives*, préc. (*supra*, note 256), pp. 125-143.

(262) V. par ex. Ch. réunies, 21 mai 1965, *Bull.*, n° 6, pour des médecins restés libres d'organiser leur travail à leur convenance ; 3^e civ., 2 oct. 1979, *Bull.*, III, n° 164, à propos d'un entrepreneur qui « avait conservé son indépendance dans l'exécution des travaux » ; Soc., 14 janv. 1982, *Bull.*, V, n° 18, qui observe que le seul fait que des interprètes de conférences interviennent, par la force des choses, à une date et un lieu déterminé, et sur un matériel mis à disposition par leur client, est insuffisant à caractériser le contrat de travail en l'absence de tout lien de subordination autrement établi ; et même date, *ibid.*, n° 24, qui relève que, sur place, les interprètes « n'y ont reçu aucune directive mais seulement des explications sur le fonctionnement du matériel ». V. encore 1^{re} civ., 20 juin 1995, *Bull.*, I, n° 268 : « Attendu qu'après avoir constaté que [un professeur de droit] organisait librement ses travaux, qu'il n'était astreint à aucune obligation de présence dans l'entreprise, qu'il avait la maîtrise de la réalisation de ses prestations et que les seules contraintes qui lui étaient imposées résultaient des délais contractuels et de la nature même de l'ouvrage, la cour d'appel [...] a pu décider [...] que l'intéressé ne se trouvait pas placé dans un état de subordination à l'égard [de l'éditeur] et que les parties n'étaient donc pas liées par un contrat de travail ».

(263) V. not. Soc., 11 oct. 1973, *Bull.*, V, n° 175, qui relève que les ouvriers travaillaient avec le matériel et sous la direction exclusive de l'entrepreneur, qui contrôlaient leurs horaires de travail, « en l'absence de tout contrôle et de toute surveillance » de la part de la cliente.

(264) V. ainsi Civ., 2^e sect., 31 janv. 1963, *Bull.*, II, n° 110, qui conclut à l'inexistence du contrat de travail au motif que les « mandataires ne recevaient aucun ordre, n'étaient soumis à aucun rapport périodique, qu'ils pouvaient à leur convenance, prospecter la clientèle et fixer leurs tournées, qu'ils percevaient une commission [...] et qu'ils pouvaient travailler pour leur compte personnel ». Et à propos du mandat social d'un gérant de SARL : Soc., 7 févr. 1979, *Bull.*, V, n° 122, qui retient que le jour où il fut nommé gérant, un associé salarié « possédait la majorité des parts de la société et, au surplus, l'administrait seul, [qu'il] avait cessé de se trouver, même dans l'exercice de ses fonctions techniques, dans un état de subordination caractérisant le contrat de travail [de sorte] que celui-ci avait pris fin à cette date ».

(265) V. en ce sens Soc., 29 nov. 1989, pourvoi n° 86-45214 ; RJS 1990, n° 2 : « attendu que la cour d'appel a, d'une part, constaté que [le chauffeur] exerçait son activité professionnelle en s'organisant comme il l'entendait ; qu'elle a d'autre part, relevé que les apports des associés, étaient en nature pour la société [...] et en industrie pour [celui-ci], que la participation aux bénéfices et aux pertes étaient de 2 % pour la première et de 98 % pour le second, et que « l'affectio societatis » les unissait l'un et l'autre en raison de l'intérêt que représentait pour chacun d'eux le bon fonctionnement de la société qu'ils avaient formée ; qu'elle a pu en déduire [...] que les parties n'étaient pas liées par un contrat de travail ». Et pour l'éviction de la qualification de contrat de travail au profit de celle de contrat d'association : Soc., 21 nov. 1979, *Bull.*, V, n° 866 ; D. 1981, SC, p. 250, obs. J. Penneau.

De ce qui précède, il apparaît ainsi que le contrat de travail n'est pas qu'un louage d'ouvrage spécial qui présenterait pour particularité de soumettre l'entrepreneur au pouvoir de direction de son client. Son objet même est profondément différent : à cause de ce lien de subordination, l'obligation du locateur n'est plus de réaliser un ouvrage mais de se mettre au service d'un employeur. Ce qui justifie que ces deux qualifications contractuelles soient entièrement exclusives l'une de l'autre, et qu'au constat de l'existence de la première réponde celui de l'inexistence de la seconde. Il n'en reste pas moins pour autant que le régime du contrat de travail a historiquement été élaboré en vue de faire obstacle à l'application des règles du louage d'ouvrage de droit commun, de sorte qu'il peut aussi apparaître en ce sens comme un régime particulier, et qu'il ouvre déjà pour cette raison sur le droit spécial du louage de service.

β. Le droit spécial du louage de service

373. Le mandat salarié – Si le mandat est un contrat de bienfaisance par nature (C. civ., art. 1986), cette gratuité n'a cependant rien d'essentiel, et l'on rencontre aujourd'hui bien plus de mandats salariés que donnés à titre gratuit. À bien des égards d'ailleurs, on observe que la rémunération du représentant modifie le régime applicable au mandat, et la teneur de ses obligations en particulier, de sorte que le mandat salarié pourrait bien ressortir à une autre espèce contractuelle que le mandat à titre gratuit, de la même manière que le prêt rémunéré n'en est déjà plus un et répond pour cette raison à une autre qualification. Il n'est plus seulement question ici, en effet, de rendre service, mais bien de réaliser un échange, une commutation qui en modifie profondément la nature.

Les éléments constitutifs du mandat salarié sont ceux du mandat à titre gratuit⁽²⁶⁶⁾, naturellement, auxquels vient s'adjoindre l'obligation du mandant de rétribuer son représentant. Il est donc le contrat par lequel celui qui projette de former un ou plusieurs actes juridiques donne pouvoir de ce faire pour son compte à un représentant qu'il rémunère pour ce service. Sous l'empire du droit civil, cette procuration confère un pouvoir de représentation parfaite au mandataire, dont la personnalité juridique s'efface alors entièrement à l'instant de la conclusion de l'acte pour lequel il a été mandaté. Selon le droit commercial au contraire, la représentation n'est plus réputée être qu'imparfaite : en ce cas, le mandataire, que l'on nomme plus volontiers commissionnaire, ne contracte pas au nom et pour le compte de son mandant, mais en son nom personnel pour le compte de ce dernier, de sorte qu'il devient alors partie à un acte valant aussi pour le commettant⁽²⁶⁷⁾.

Dans l'ordre de ce droit commun du mandat salarié, le constat de son existence subit certaines concurrences. La seule condition de rétribution du service rendu par le mandataire pose déjà à cet égard une première difficulté. Car, si l'on s'en tient à l'idée que

(266) V. *supra*, n° 362.

(267) Sur le pouvoir de représentation, v. plus spéc. *supra*, n°s 75 et 170.

tout prix ne puisse juridiquement consister qu'en une dation, même quelconque, il y a lieu de s'interroger sur la qualification à donner au contrat qui prévoirait d'offrir au mandataire un autre service pour contrepartie. Sans doute une telle convention paraît-elle immédiatement répondre à la qualification proposée d'échange de services⁽²⁶⁸⁾; mais il demeure que la nature particulière de l'obligation du mandataire pourrait aussi bien, selon un autre point vue, imposer sa singularité à toute autre obligation de faire et servir ainsi de prestation caractéristique au contrat qui la prévoirait. À l'admettre, le mandat rétribué au moyen d'un autre service demeurerait donc encore un véritable contrat de mandat, autant que peut l'être le mandat proprement salarié.

C'est du reste cette singularité de la mission du mandataire qui menace le plus sérieusement l'existence de ce contrat. Si la distinction s'en fait assez bien de la cession pour revente, qui suppose que l'intermédiaire acquière la propriété des biens qu'il a pour mission de distribuer⁽²⁶⁹⁾, il importe surtout d'identifier le mandat salarié au sein du louage d'ouvrage ou de service. Car, s'il répond aussi de cette autre qualification, qui est celle du genre dont il dépend, la spécificité du régime que lui assigne le Code civil commande toujours de reconnaître l'autonomie de cette espèce contractuelle⁽²⁷⁰⁾.

Il est aujourd'hui admis que le critère distinctif repose à cette fin sur la nature des actes exigés du prestataire : si celui-ci a pour mission de négocier ou de conclure des actes juridiques, il s'agira proprement d'un mandat ; si ces actes sont d'une autre nature, qu'ils soient matériels ou même intellectuels, il n'y aura plus alors, par hypothèse, de pouvoir de représentation, et la qualification de louage d'ouvrage ou de service s'imposera contre celle de mandat⁽²⁷¹⁾. La difficulté est toutefois qu'il arrive fréquemment que le mandataire soit également requis d'exécuter d'autres obligations qui n'imposent la passation d'aucun acte juridique, si bien que la multiplicité de sa mission fera alors douter de la nature de cet accord⁽²⁷²⁾. Dans tous ces cas, on constate ainsi l'existence d'un mandat, pour partie, et d'un ouvrage différent, pour l'autre, de sorte qu'il y aura manifestement matière à conclure, là encore, à l'existence d'un contrat complexe⁽²⁷³⁾ et, par conséquent, à l'inexistence du contrat de mandat *proprio sensu*. S'il faut qualifier ces contrats complexes mâtinés de

(268) V. *supra*, n° 366.

(269) Pour un exemple, v. Com., 17 mai 1976, *Bull.*, IV, n° 176, qui conclut à l'instar de la cour d'appel que le demandeur « était, non le mandataire rémunéré à la commission, mais le concessionnaire non exclusif de la société ».

(270) D'où peut-être 1^{re} civ., 19 févr. 1968, préc. (*supra*, note 235), qui jugeait que l'existence d'un mandat exclut la qualification de contrat d'entreprise.

(271) Le critère historique, tenant au caractère gratuit ou onéreux de la prestation, et qui a prévalu jusqu'au XIX^e siècle encore, est aujourd'hui dépassé, à présent que l'existence de mandats salariés est reconnue de tous.

(272) C'est notamment le cas de l'agence de voyage, de l'architecte, de l'avocat ou encore du promoteur immobilier.

(273) En ce sens : G. CORNU, obs. sur 1^{re} civ., 19 févr. 1968, *RTD civ.* 1968, p. 559 : « On voudrait seulement ne pas se laisser rassurer trop vite par une dichotomie que la réalité dément la première, chaque fois que les deux contrats se trouvent concrètement associés dans une opération complexe. Avec un objet distinct et une importance inégale, l'entreprise et le mandat coexistent souvent au sein d'un même accord, dans l'exécution duquel une partie est tout à la fois entrepreneur pour certains actes et mandataire pour d'autres. » V. égal. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *op. cit.* (*supra*, note 233), n° 709, p. 412-413, en général, et n° 712, p. 416, pour la promotion immobilière ; A. BÉNABENT, *op. cit.* (*supra*, note 88), n° 734, pp. 342-343 ; J. HUET, *op. cit.* (*supra*, *ibid.*), n° 32131, p. 1263.

mandat, on leur donnera le nom de contrats de gestion d'affaire⁽²⁷⁴⁾, en y ajoutant seulement que ceux-ci confèrent à cette fin un pouvoir de représentation.

Susceptible de se confondre à un contrat d'entreprise, le mandat ne l'est pas moins de verser dans le contrat de travail. Il le peut d'autant plus que, à la différence de ce qui valait pour le premier, la qualification de mandat ne supprime plus ici celle de louage : alors que le mandat constituait en effet une espèce du louage d'ouvrage et avait, en tant que telle, vocation à régler sa nature et son régime, cette spécificité ne paraît plus s'imposer au contrat de travail, l'élément caractéristique paraissant aller au lien de subordination du préposé plutôt qu'à son pouvoir de représentation. Chaque fois donc que le mandataire sera aussi fait préposé du commettant par le même contrat, le mandat sera inexistant comme relevant de la qualification distincte et exclusive de contrat de travail⁽²⁷⁵⁾. Rien n'empêche en revanche qu'à un contrat de mandat vienne se joindre un contrat de travail entre les mêmes parties si leurs objets respectifs ne se confondent pas. Un mandataire social peut ainsi être également salarié de sa société si ce contrat de travail porte sur un objet différent de sa mission de représentant et que sa qualité de dirigeant ne met pas obstacle à l'existence du lien de subordination constitutif de cet autre contrat⁽²⁷⁶⁾.

374. Le dépôt salarié – Contrairement à ce qu'affirme l'article 1917 du Code civil, d'après lequel « *Le dépôt proprement dit est un contrat essentiellement gratuit.* », le dépôt, même proprement dit, peut parfaitement être stipulé contre un salaire sans que celui-ci en change la nature⁽²⁷⁷⁾. L'article 1928 suffit du reste à l'établir, qui dispose que l'obligation de garde du dépositaire « *doit être appliquée avec plus de rigueur [...] s'il a été stipulé un salaire pour la garde du dépôt* ». En sorte que les conditions constitutives du dépôt salarié sont celles de tout dépôt, consistant à remettre temporairement une chose à fin d'en confier la garde, le contrat ne se formant lui-même que par cette remise, étant simplement ajouté que le dépositaire a ici droit à la rémunération de son service.

Comme pour le mandat rémunéré donc, le dépôt salarié est une espèce du genre que constitue le louage d'ouvrage. Le **séquestre** n'en est qu'une variété, au contraire du **dépôt**

(274) Ce même contrat donc qui, en droit romain, fut à l'origine du quasi-contrat de gestion d'affaire, et que l'on désignera plus tard, longtemps encore, par le nom générique de mandat, avant que ce dernier ne se réduise finalement au seul contrat de représentation juridique.

(275) V. ainsi Soc., 8 déc. 1961, *Bull.*, IV, n° 1017, qui approuve les juges du fond d'avoir requalifié le mandat en contrat de travail après avoir relevé que le représentant se trouvait lié au représenté par un rapport de subordination. Rappelons que la loi est parfois venue trancher elle-même la question en qualifiant d'autorité le mandataire de salarié afin de lui faire bénéficier du régime protecteur qui s'attache à cette qualification : v. not. L. 57-277 du 7 mars 1957 précisant le statut professionnel des voyageurs, représentants et placiers.

(276) Pour ce cumul de deux contrats de mandat et de travail, v. par ex. Soc., 14 mai 1998, deux arrêts, *Bull.*, V, n°s 252 et 256 ; *Dr. social* 1998, p. 707, obs. G. Couturier ; *D.* 1998, SC, p. 395, obs. J.-C. Hallouin. Et au sein des sociétés anonymes en particulier, v. C. com., art. L. 225-22.

(277) Rapproché de l'article 1957, qui dispose que « *Le séquestre peut n'être pas gratuit.* », l'article 1917 paraît signifier que le dépôt salarié devrait nécessairement être qualifié de séquestre. Pourtant, cette autre qualification ne dépend nullement de l'existence d'une rémunération, puisque le séquestre n'est rien d'autre que le dépôt fait à un tiers d'une chose sur laquelle sont susceptibles de s'exercer des prétentions concurrentes, et que, en tant que dépôt même, il peut aussi bien être à titre gratuit qu'onéreux.

nécessaire, dont la qualification semble exclure celle de contrat de dépôt *proprio sensu*. On entend par dépôt nécessaire toute remise d'un bien imposée par les circonstances, et qui, en tant que telle, ne relève donc pas d'une intention véritable du propriétaire de confier son bien à la garde d'un autre, soit qu'un accident ait forcé ce dépôt, soit que celui-ci soit l'accessoire indispensable à l'exécution d'une autre obligation contractuelle et seule principale⁽²⁷⁸⁾. Ainsi, tout ouvrage réalisé sur un bien confié à un entrepreneur réalise nécessairement un tel dépôt, lequel peut notamment précéder ou prolonger le temps consacré à l'entreprise proprement dite. La remise d'un véhicule à un garagiste ou d'un vêtement à un teinturier ne suffit pas à disqualifier le contrat d'entreprise sur lequel ce dépôt se greffe, n'en constituant qu'un accessoire : l'obligation principale de l'entrepreneur porte toujours alors sur son ouvrage, lequel constitue la seule cause au paiement du prix, de sorte que la qualification d'entreprise prévaut toujours⁽²⁷⁹⁾. Il n'y a donc plus ici de contrats complexes qui viendraient joindre l'entreprise au dépôt : pour y revenir, il faudrait que les parties aient spécialement envisagé ce découpage temporel de leur convention, ce qui ne pourrait s'envisager que par exception, s'il est prévu par exemple que la période de ce dépôt soit anormalement longue. Mais même alors, la qualification de contrat complexe ferait encore obstacle à celle de contrat de dépôt. Pour que celui-ci reprenne ses droits, il faudrait que les parties conviennent de le réaliser, non plus au sein d'un contrat d'entreprise, mais parallèlement à celui-ci et en vertu d'un contrat distinct. Alors seulement l'existence du contrat de dépôt pourra être à nouveau établie⁽²⁸⁰⁾, là-même donc où il ne serait justement plus nécessaire.

(278) L'article 1949 du Code civil, qui définit le dépôt nécessaire, ne prévoit que le premier cas de figure, mais les articles 1952 et suivants sont entièrement consacrés au dépôt hôtelier, de sorte que les deux hypothèses paraissent finalement bien élargir à la même qualification.

(279) Ce qui n'empêche pas de régler, par analogie, l'obligation de restitution de l'entrepreneur sur celle du dépositaire. V. ainsi Civ., 1^{re} sect., 7 oct. 1963, *Bull.*, I, n° 412, approuvant la cour d'appel d'avoir jugé « *qu'il n'est pas douteux que les parties étaient liées par le seul contrat de louage d'ouvrage prévu par les articles 1787 et suivants du code civil, lequel implique un dépôt de la chose, lorsque comme le prévoit l'article 1789, elle est fournie par le maître de l'ouvrage* », s'agissant en l'espèce d'un stock de lavande en attente de distillation ; 11 juill. 1984, *Bull.*, I, n° 230, pour un véhicule incendié après remise à un garagiste pour réparation. Rapp. 1^{re} civ., 22 janv. 1991, *Bull.*, I, n° 28, à propos d'une clause de retour d'inventus qui impliquait un dépôt nécessaire de ces vêtements. À cette hypothèse répond encore le cas du manteau déposé par le client d'un restaurant sur un accessoire destiné à le recevoir : de cette précaution, on déduit, en l'absence de clause contraire, que le restaurateur a accepté d'assumer une obligation de surveillance. V. en ce sens 1^{re} civ., 1975, *Bull.*, I, n° 333 ; *RTD civ.* 1976, p. 376, obs. G. Cornu, jugeant que le restaurateur était tenu de surveiller les effets déposés sur un portemanteau en vertu de « *l'existence d'une obligation accessoire du contrat de restauration* ». Comp. 1^{re} civ., 8 oct. 2009, pourvoi n° 08-20048 (*D.* 2010, p. 480, note crit. C. Mouly-Guillemaud ; *RDC* 2010, p. 95, obs. A. Bénabent), qui va jusqu'à affirmer que « *le contrat de dépôt d'un véhicule auprès d'un garagiste existe, en ce qu'il est l'accessoire du contrat d'entreprise, indépendamment de tout accord de gardiennage* », alors que s'il peut être une obligation accessoire de garde, cela n'en fait pas un contrat de dépôt, ni même un contrat complexe. Rapp. en ce sens, A. BÉNABENT, obs. préc., p. 97, qui conclut : « *En un mot, si l'on veut qu'un second contrat « existe », ne faudrait-il tout de même pas se préoccuper qu'un second accord de volonté existe aussi ?* » En toute hypothèse, dès lors que le dépôt n'est jamais qu'accessoire, les parties peuvent parfaitement décider de l'écarter : 1^{re} civ., 1^{er} mars 1988, *Bull.*, I, n° 57.

(280) L'hypothèse vise notamment le cas du vestiaire proposé à l'entrée d'un établissement : il y a bien là cette fois un contrat de dépôt existant en tant que tel, même s'il n'est pas sans lien – causal ou conditionnel – avec la prestation ayant justifié le déplacement des clients.

375. Le contrat de franchisage – Le contrat de franchisage, ou de franchise, est celui par lequel le titulaire d'une marque et d'un réseau de distribution s'oblige à y intégrer son cocontractant en lui transmettant son savoir-faire, le droit d'usage de sa marque et, le cas échéant, les marchandises nécessaires à son exploitation, tandis que le franchisé s'oblige à exploiter cette enseigne dans le respect des normes ainsi définies. Il est ordinairement conclu à titre onéreux, soit que le franchisé s'oblige à verser à son franchiseur une redevance forfaitaire ou calculée sur son chiffre d'affaires, soit que, de façon plus indirecte, il soit convenu qu'il s'approvisionnera exclusivement auprès de lui, l'un n'excluant d'ailleurs pas l'autre.

Le franchisage se constitue donc de deux éléments essentiels : la concession du droit d'exploitation de la marque, qui en est la fin, et la transmission d'un savoir-faire, qui en est le moyen⁽²⁸¹⁾. Sans l'un ou l'autre de ces deux éléments, le contrat serait inexistant sous cette qualification. Et s'il est établi que les contractants auront malgré tout voulu ce contrat en l'absence de l'un de ces deux éléments nécessaires, alors ce sera la nullité qui le sanctionnera⁽²⁸²⁾. Ni l'existence d'une rémunération directe du franchiseur, ni l'obligation de s'approvisionner chez le même, ne sont proprement nécessaires à la reconnaissance du contrat de franchisage⁽²⁸³⁾. Ce n'est donc que par accessoire qu'on l'assimile parfois à un contrat de distribution⁽²⁸⁴⁾.

Cette double obligation du franchiseur confère au contrat de franchisage une nature ambivalente. La mise à disposition de cette chose immatérielle qu'est l'enseigne constitue d'abord, comme toute mise à disposition destinée à transmettre une jouissance sur un bien, un élément caractéristique du louage de chose. D'un autre côté, l'obligation d'enseigner un savoir-faire s'analyse pour sa part comme une entreprise et rattache le franchisage au louage

(281) Rappr. en ce sens J.-M. LÉLOUP, « La définition du contrat de franchise », *Cab. dr. entr.* 1980, n° 5, pp. 5-15. Et en jurisprudence, v. par ex. Com., 26 mars 1996, pourvoi n° 94-14853 ; RJD 1996, n° 911 : « le franchisé avait bénéficié de l'usage de l'enseigne et des méthodes de commercialisation mises au point par le franchiseur qui constituent des éléments essentiels et spécifiques du contrat de franchisage » ; 8 juill. 1997, pourvoi n° 95-17232 : « le franchisé avait bénéficié d'une assistance technique durant huit jours et de l'usage de l'enseigne du franchiseur, lesquels constituent des éléments essentiels et spécifiques du contrat de franchisage ».

(282) Nullité absolue pour défaut d'objet ou, selon la jurisprudence, pour défaut de cause : CA Paris, 11 juin 1992, D. 1992, SC, p. 391, obs. D. Ferrier : « est nul pour absence de cause le contrat de franchise dont les éléments caractéristiques, à savoir la communication d'un savoir-faire original et expérimenté à la conclusion du contrat, puis lors de l'exécution, l'assistance technique et commerciale préalable et la collaboration avec les franchisés, font défaut » ; ou encore 29 sept. 1992, D. 1995, SC, p. 76, obs. D. Ferrier : « le transfert par le franchiseur au franchisé d'un savoir-faire réel, objectif et original, constitue la cause essentielle, avec la notoriété de la marque, des obligations contractées par l'adhérent » ; Com., 10 mai 1994, pourvoi n° 92-15834 : « un contrat de franchise était dépourvu de cause dès lors qu'il ne comportait pas la transmission d'un savoir-faire original et substantiel, qu'il n'existait pas un réseau commercial à la date de sa conclusion et que le franchiseur n'avait pas apporté en cette qualité une assistance au franchisé ».

(283) Et l'observation vaut également pour la clause d'exclusivité territoriale v. par ex. Com., 16 janv. 1990, pourvoi n° 88-16421, qui juge que « l'absence de stipulation d'une clause d'exclusivité territoriale dans un contrat de franchisage n'est pas à elle seule de nature à entraîner l'annulation ». Sur la question, v. O. GAST, « La clause d'exclusivité territoriale est-elle essentielle au contrat de franchise ? », *PA* 29 juill. 1987, n° 90, p. 29.

(284) Sur les contrats de distribution, v. *infra*, n° 385. Il arrive d'ailleurs assez souvent que le franchiseur ne soit pas lui-même le fournisseur des marchandises vendues et du matériel utilisé dans ses points de vente : en ce cas, cette obligation d'approvisionnement liera le franchisé à un tiers fournisseur au titre d'un contrat de distribution distinct du contrat de franchisage.

d'ouvrage. Dans cette dualité, c'est toutefois à ce dernier genre qu'on l'assimile le plus souvent⁽²⁸⁵⁾.

Les causes d'inexistence du contrat de franchisage sont essentiellement de deux ordres, selon que fera défaut l'élément tenant dans le transfert du droit d'usage de la marque, ou celui tenant dans la transmission d'un savoir-faire. Dans le premier cas, privé du droit d'user de l'enseigne de son cocontractant, celui qui reçoit l'information technique n'est plus guère partie qu'à un contrat de collaboration ou d'assistance, contrat d'ingénierie ou de transfert de technologie. Et dans le cas inverse où ce droit d'usage serait accordé sans transfert de savoir-faire particulier, le cadre contractuel se restreindrait à celui d'un contrat de distribution, et à un contrat de concession en particulier⁽²⁸⁶⁾.

En présence même de ces deux conditions constitutives, l'intrusion d'autres éléments étrangers à la qualification de franchisage pourrait venir y mettre obstacle. S'il est constaté que le franchisé se trouve dans un rapport de dépendance trop étroit avec son franchiseur, un lien de subordination caractéristique du contrat de travail pourra être relevé⁽²⁸⁷⁾. Et le principe d'une rémunération qui se fonderait sur un partage du produit de l'exploitation réalisée par le franchisé en même temps que de ses pertes éventuelles pourrait suffire à forcer la requalification en société créée de fait⁽²⁸⁸⁾.

L'examen des contrats spéciaux ne s'arrête cependant pas avec cette dernière espèce de contrat d'entreprise. On oublie trop souvent en effet qu'il est aussi nombre de contrats qui, loin de créer des obligations nouvelles, portent sur des obligations actuelles.

B - LES CONTRATS PORTANT SUR DES OBLIGATIONS ACTUELLES

376. Des contrats méconnus – Les contrats non translatifs ni constitutifs d'obligations nouvelles sont rarement étudiés en tant que contrats spéciaux. Ils ne sont même pas toujours qualifiés de contrats, le terme de convention leur étant plus souvent appliqué, en observance d'une acception étroite du contrat créateur d'obligations.

Il paraît assez naturel pourtant, et somme toute plus logique, de reconnaître ce même titre à l'accord succédant à un premier contrat : il faut bien la même qualité à un acte juridique pour pouvoir modifier ou défaire ce qu'un précédent a fait. Lorsque l'on définit l'accord contractuel comme une convention faisant naître des obligations, il s'agit de comprendre celles-ci comme visant tout effet juridique, et d'opposer ainsi le contrat à la

(285) Pour le rattachement du franchisage au contrat d'entreprise, v. par ex. A. CHAVANNE et J.-J. BURST, *Droit de la propriété industrielle*, 6^e éd., Dalloz, 2006, par J. Azéma et J.-Ch. Galloux, n° 912, p. 543 : « le contrat portant sur le savoir-faire est un contrat d'entreprise ».

(286) V. ainsi CA Paris, 7 juin 1990, *D.* 1990, IR, p. 176.

(287) V. par ex. Com., 3 mai 1995, pourvoi n° 93-12981 ; *JCP E* 1995, II, 748, note L. Leveneur ; *D.* 1997, p. 10, note L. Amiel-Cosme.

(288) V. en ce sens F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 8^e éd., Dalloz, 2007, n° 953, p. 940.

convention formée hors du droit⁽²⁸⁹⁾. Il semble plus judicieux de tracer la limite séparative du contrat là où la distance est la plus grande, entre le droit et le non-droit, plutôt que de la faire passer par un chemin difficilement praticable, selon que l'obligation naît de l'accord à titre principal ou à titre accessoire.

Pour qu'un contrat ne soit pas directement constitutif d'obligations nouvelles, son objet doit porter sur une obligation déjà existante, qu'il s'agira alors de reconnaître, d'éteindre ou de modifier⁽²⁹⁰⁾. Ces contrats peuvent donc être récongnitifs (1), extinctifs (2) ou modificatifs (3).

1. Les contrats récongnitifs

377. L'acte instrumentaire – La convention par laquelle les parties entendent établir l'existence et la teneur d'un accord préexistant est aussi un contrat, dont l'objet, constitutif d'un moyen de preuve, est récongnitif de droits. Tout *instrumentum* n'est certes pas conventionnel, et la reconnaissance de dette est assez connue pour être essentiellement unilatérale ; mais lorsqu'il l'est, il forme assurément un contrat, emportant des effets juridiques typiques et soumis à ses propres conditions de validité⁽²⁹¹⁾. Certains de ces actes instrumentaires ne peuvent d'ailleurs être que conventionnels : on ne fait pas la preuve d'un contrat synallagmatique autrement qu'en rédigeant un acte revêtu de la signature de tous ses contractants.

La forme de l'*instrumentum* n'est pas en elle-même une condition de son existence, seulement de sa validité. Le fait qu'il soit notarié ou établi sous seing privé ne change pas son objet, et donc son essence, quand bien sa portée s'en trouve quant à elle modifiée. De la même manière, le simple commencement de preuve par écrit est toujours un acte instrumentaire, qui sera de nature contractuelle s'il résulte d'une volonté conjointe des parties de constituer la preuve de leur engagement.

La difficulté de reconnaître l'existence de l'acte probatoire résulte plutôt de ce qu'il lui arrivera d'accompagner la conclusion simultanée du *negotium*. Mais même en ce cas, il ne paraît pas possible de nier l'existence de l'*instrumentum* qui s'y superpose : la même déclaration constituera l'un et l'autre sans en exclure aucun. On vérifiera toujours les conditions de validité propres à chacun de ces deux contrats : l'acte instrumentaire pourra ainsi être privé de son effet probatoire sans que la validité de l'acte substantiel n'en soit

(289) Sur cette définition du contrat comme visant tout accord productif d'effets juridiques, obligationnels ou non, v. *supra*, n° 12.

(290) Les contrats de garantie peuvent aussi porter sur des obligations préexistantes, mais celles-ci relèvent d'une autre relation contractuelle, si bien que la garantie constitue toujours une obligation nouvelle sur la tête de son constituant.

(291) Conditions de preuve du *negotium*, les articles 1316 et suivants du Code civil sont aussi les conditions de validité de l'*instrumentum* qui l'établit. Rapp. en ce sens la lettre de l'article 1325, alinéa 1^{er}, du Code civil : « Les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. »

affectée, tandis que, à l'inverse, la disparition du *negotium* entraînera celle de l'*instrumentum* pour impossibilité de son objet. Encore l'hypothèse ne concerne-t-elle guère que celle de l'acceptation communiquée à distance car, si les parties sont en présence l'une de l'autre, elles tendront généralement à exprimer d'abord leur consentement verbalement avant de l'inscrire sur le support destiné à le recevoir. Et dans ce cas, l'*instrumentum* se détachera bien, même pour quelques secondes, du *negotium* qui l'aura précédé.

378. Le contrat judiciaire – Un contrat est dit judiciaire lorsque ses auteurs ou l'un d'entre eux le présentent au juge afin que celui-ci en constate l'existence et l'authentifie par un jugement de donné acte⁽²⁹²⁾. Ce contrat poursuit ainsi un double objet, substantiel et instrumentaire à la fois, qui est de conclure l'accord sur le fond et de lui conférer la force probante qui s'attache à l'autorité de la chose jugée⁽²⁹³⁾.

Pour qu'il y ait contrat judiciaire au sens propre, le juge doit se contenter de constater l'existence de la convention et de l'entériner sans en contrôler la validité. Si, en outre, l'accord était présenté au juge ou conclu devant lui et que celui-ci le reprenait à son compte en s'en appropriant les termes pour rédiger sa décision, il ne s'agirait déjà plus d'un contrat judiciaire mais d'un **jugement d'expédient**, ou jugement convenu, c'est-à-dire d'un acte devenu essentiellement juridictionnel plutôt que conventionnel⁽²⁹⁴⁾. À plus forte raison la qualification de contrat judiciaire doit-elle être écartée en présence d'un **jugement d'homologation**, lequel a pour objet de valider un acte juridique qui ne serait pas efficace sans ce contrôle judiciaire sur le fond même de l'acte⁽²⁹⁵⁾.

Mais qu'elle soit établie par un acte instrumentaire ou au moyen même d'un contrat judiciaire, la convention des parties n'en reste pas moins soumise à l'effet des contrats extinctifs.

(292) V. not. A. ENGEL-CRÉACH, *Les contrats judiciairement formés*, th. Paris X, 2001, Economica, 2002, n° 24, pp. 19-20. D'autres auteurs étendent cette qualification aux accords procéduraux, dont l'objet ne porte plus sur le fond du droit mais sur le cours de la procédure en tant que celle-ci est à la disposition des parties : Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé*, th. Paris I, 1995, n° 373, p. 401 ; L. CADIET, *Droit judiciaire privé*, 3^e éd., 2000, n° 325, n° 145.

(293) Sur cette double nature du contrat judiciaire, v. déjà *supra*, n° 309, spéc. note 68.

(294) V. not. P. CELLERS, *Des jugements d'expédient*, th. Paris, 1901, p. 5 ; A. TISSIER, note sous Req., 2 juin 1908, *S.* 1909, I, p. 305. Le contrat judiciaire a bien lui aussi un aspect juridictionnel, mais quant à sa forme seulement, qui empêchera d'en contester l'existence par d'autres voies de recours que celles ouvertes contre les jugements. Pour le cas particulier du jugement d'adjudication, v. *supra*, n° 309, *in limine*.

(295) E.g. l'homologation de la convention modificative d'un régime matrimonial en présence d'enfants mineurs (C. civ., art. 1397, al. 5) ou celle d'une convention de partage en présence d'un indivisaire incapable (art. 389-5, al. 3, et art. 507). Pour l'homologation de la convention de divorce, v. *supra*, n° 309, *in medio*.

2. Les contrats extinctifs

379. La dation en paiement – On éteint conventionnellement une obligation par révocation amiable, par remise de dette, ou encore, le cas échéant, par compensation. Mais l'effet de la dation en paiement n'est lui-même pas différent⁽²⁹⁶⁾.

De l'article 1243 du Code civil, qui énonce que « *Le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due* », il se déduit que la dation en paiement ne peut être que conventionnelle. Strictement, celle-ci consiste pour un débiteur à transférer la propriété d'un bien à la place du paiement normalement dû afin d'éteindre sa dette au même titre que s'il la payait⁽²⁹⁷⁾. Dans une acception plus large, on admet cependant que la dation en paiement, qui n'en a plus alors que le nom, puisse s'opérer par l'exécution de toute prestation, même de service, tant qu'elle se réalise en un trait de temps⁽²⁹⁸⁾.

Exécutée à la place d'une autre prestation qui était seule attendue, la dation en paiement se distingue en premier lieu de l'exécution d'une obligation disjonctive, que celle-ci soit alternative ou facultative : en cet autre cas en effet, le règlement par l'une ou l'autre des prestations initialement convenues réalise le paiement ordinaire d'une obligation particulière⁽²⁹⁹⁾. Pour exister, la dation en paiement suppose que les parties conviennent de substituer un paiement par un autre une fois seulement la dette échue.

On ajoute parfois que la valeur du paiement substitué devrait en outre être à peu près équivalente à celle du paiement dû, sous peine de découvrir sous la dation une libéralité du créancier ou du débiteur selon que la valeur du paiement réalisé s'avère inférieure ou supérieure à celle de la prestation initialement convenue. Mais il ne s'agirait jamais, à l'admettre, que d'une donation indirecte, dont la qualification n'est pas exclusive d'une autre, et de celle de dation en paiement en particulier.

Une partie de la doctrine estime par ailleurs que la dation en paiement aurait pour premier effet de modifier l'objet de l'obligation sur laquelle elle porte, en sorte qu'elle ne constituerait à l'examen qu'une forme particulière de novation. À quoi il faut cette fois opposer que parce qu'elle n'opère cette modification de l'obligation que pour l'éteindre

(296) V. encore dern., C. SÉVELY-FOURNIER, *Essai sur l'acte juridique extinctif en droit privé*, th. Toulouse I, 2008, Dalloz, Nouv. Bibl. th., vol. 100, 2010.

(297) Et plus strictement encore à transférer la propriété en se dessaisissant matériellement de son bien, ce qui réalise la dation. Mais cette conception, qui se justifiait à l'époque où l'une n'allait pas sans l'autre, paraîtrait exagérément réductrice aujourd'hui que l'on transfère la propriété *solo consensu*. Elle se justifierait surtout assez mal. En ce sens pourtant : H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.* (*supra*, note 14), n° 890, p. 990. *Contra* : 1^{re} civ., 27 janv. 1993, *Bull.*, I, n° 39 (CCC 1993, n° 68, note L. Leveneur ; *Defrénois* 1993, p. 730, obs. J.-L. Aubert), qui censure au visa de l'article 1138 du Code civil l'arrêt d'appel qui prétendait que « *la dation en paiement n'opère transfert de propriété que lorsque la chose est effectivement reçue par celui à qui elle est donnée* ».

(298) V. not. en ce sens F. BICHERON, *La dation en paiement*, th. Paris II, 2003, éd. Panthéon-Assas / LGDJ, 2005, nos 16 à 46, pp. 39-61. On peut d'ailleurs penser que c'est précisément pour satisfaire à cette exigence d'instantanéité que la théorie s'est construite sur la notion de dation, dont l'exécution se réalise toujours en un instant.

(299) V. ainsi Com., 6 juin 1990, *Bull.*, IV, n° 166 ; RTD civ. 1991, p. 741, obs. J. Mestre, dans une hypothèse où il était prévu que « *le paiement [du] dividende pourrait être effectué au choix des associés soit en espèces, soit par distribution de droits immobiliers sur un immeuble dépendant du patrimoine social* ».

simultanément, elle apparaît moins comme un accord faisant naître un rapport juridique nouveau que comme un contrat purement extinctif. Il ne pourrait y avoir novation par changement d'objet que si l'on prêtait à celle-ci un effet propre, qui supposerait de laisser vivre, un temps au moins, le contrat ainsi modifié⁽³⁰⁰⁾. Une autre analyse permet du reste de mieux laisser voir la nature proprement extinctive de l'opération. Puisque, ainsi que son nom l'indique cette fois, elle est aussi un paiement⁽³⁰¹⁾, on pourrait fort bien lui reconnaître cet effet sans le secours de la novation si l'on estimait qu'elle n'intervient pas en exécution d'une obligation modifiée mais en contrepartie d'une remise consentie par le créancier.

Si donc l'existence de la dation en paiement n'apparaît guère contrariée par le fait que la prestation offerte en remplacement puisse ne pas consister en une dation, ni même en un transfert de propriété, faute de toute qualification voisine susceptible de s'appliquer concurremment à cette hypothèse, elle semble intimement subordonnée en revanche au caractère instantané de la prestation, sous la menace alors d'une requalification en novation par changement d'objet⁽³⁰²⁾. D'où il s'infère que s'il peut encore y avoir dation en paiement sans dation proprement dite, il n'y en a plus sans paiement.

380. La transaction – Selon l'article 2044 du Code civil, « *La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître.* » Cette définition légale omet de préciser que, conformément à solution demeurée constante depuis le droit romain⁽³⁰³⁾, la transaction requiert l'existence de concessions réciproques des parties, de sorte que la Cour de cassation a dû compléter cet énoncé en la définissant comme « *un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou à naître en se consentant des concessions réciproques* »⁽³⁰⁴⁾. Trois éléments constitutifs de la transaction ressortent ainsi de cet énoncé, qui postule l'extinction, de droits litigieux ou susceptibles de

(300) Pour l'assimilation de la dation en paiement à une novation, v. Ass. plén., 22 avril 1974, *Bull.*, AP, n° 1 (*D.* 1974, p. 613, note F. Derrida ; *JCP* 1974, II, 17876, note A. Bénabent), qui conclut à l'existence d'une dation en paiement dans une hypothèse où il s'agissait manifestement d'une novation par changement de la chose objet de la vente, les parties ayant convenu de substituer un appartement par un autre restant à construire. Le fait que, en l'espèce, le prix ait été déjà payé semble assez indifférent. *Contra* cep. : 3^e civ., 12 juill. 1976, *Bull.*, III, n° 311, qui exclut toute dation en paiement sur une chose encore future. Pour la distinction, et l'autonomie de la qualification de dation en paiement, v. not. H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.* (*supra*, note 14), n° 892, p. 992 : « *On n'est pas en présence d'une obligation qui en remplace une autre, mais seulement de l'extinction d'une obligation. Si une nouvelle obligation a été créée [...] il y a novation, mais il n'y a pas dation en paiement, faute de paiement.* » ; et F. BICHERON, *op. cit.* (*supra*, note 298), n° 101, pp. 101-102 : « *assimiler la dation en paiement à une novation ou à une modification revient à nier que la dation éteigne l'obligation par l'exécution d'une autre prestation que celle due.* »

(301) *Contra* : F. BICHERON, *op. cit.* (*supra*, *ibid.*), pp. 151-165, qui estime que la dation en paiement n'est pas un paiement pour cette raison qu'elle n'opère pas exécution de l'obligation attendue. À quoi on rétorquera qu'il peut toujours y avoir paiement au moyen d'une exécution par équivalent, ce que réalise précisément la dation.

(302) Sur laquelle, v. *infra*, n° 381.

(303) V. Ch. JARROSSON, « Les concessions réciproques dans la transaction », *D.* 1997, chr., p. 267.

(304) V. ainsi 1^{re} civ., 4 mai 1976, *Bull.*, I, n° 157 ; Com., 22 nov. 1988, *Bull.*, IV, n° 320 ; 1^{re} civ., 3 mai 2000, *Bull.*, I, n° 130.

l'être, au moyen de concessions réciproques⁽³⁰⁵⁾. Qu'il manque l'un seul d'entre eux, et la transaction demeurera inexistante⁽³⁰⁶⁾.

Extinctive, la transaction n'est donc ni translatrice ni proprement modificative⁽³⁰⁷⁾. Si, par conséquent, la convention n'a pas d'abord pour ambition de régler un différend en y mettant un terme définitif, il ne pourra s'agir d'une transaction, mais tout au plus d'un compromis, lequel ne tranche aucun litige mais règle seulement les moyens de le résoudre en recourant à un tiers arbitre. Et parce que la transaction termine un rapport d'obligation, elle ne se confond pas non plus à une novation, laquelle suppose de continuer cette relation, sous une autre forme, entre les mêmes parties⁽³⁰⁸⁾, son constat pouvant suffire à disqualifier la transaction.

La doctrine a pu faire observer, quant au deuxième élément, que l'exigence tenant à la nature du droit éteint avait pu passer d'une chose simplement douteuse en droit romain (*res dubia*) à l'acception plus étroite de chose litigieuse en droit français (*res litigiosa*)⁽³⁰⁹⁾. Mais le droit positif semble aujourd'hui moins restrictif : la loi a partout développé des formes de transactions susceptibles d'être conclues avant même l'émission de la moindre prétention⁽³¹⁰⁾, et la jurisprudence est elle-même revenue à une lecture plus fidèle de l'article 2044 du Code civil⁽³¹¹⁾. Si bien que l'absence de toute exigence déclarée ne fait plus obstacle à la qualification de transaction : il suffit que la situation soit potentiellement conflictuelle pour que la transaction puisse naître.

(305) Sur cette triade, v. par ex. A. BÉNABENT, *op. cit.* (*supra*, note 88), n° 1423, p. 662.

(306) V. par ex. 1^{re} civ., 3 avril 2007, pourvoi n° 06-12494, qui constate que la cour d'appel a « caractérisé l'absence de situation litigieuse [puis] déduit l'absence de concession réciproques et partant l'inexistence de la transaction litigieuse ». Il arrive toutefois que cette définition fléchisse en face de certains régimes spéciaux, si ceux-ci qualifient un accord de transaction en l'absence même de concessions réciproques. V. ainsi pour l'accord d'indemnisation conclue entre l'assureur et la victime en application de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation : 2^e civ., 16 nov. 2006, *Bull.*, II, n° 320 (*Rapp.*, p. 407 ; *JCP* 2007, II, 10032, note L. Mayaux ; *RDC* 2007, p. 671, obs. C. Pérès), jugeant que « la loi du 5 juillet 1985 instituant un régime d'indemnisation en faveur des victimes d'accident de la circulation, d'ordre public, dérogeant au droit commun, qualifie de transaction la convention qui se forme lors de l'acceptation par la victime de l'offre de l'assureur et que cette transaction ne peut être remise en cause à raison de l'absence de concessions réciproques ».

(307) Pour l'analyse de la transaction comme un acte translatif, v. J. CHEVALLIER, *L'effet déclaratif de la transaction et du partage*, th. Rennes, 1932, spéc. pp. 184-186. Et pour sa critique, v. not. L. BOYER, *La notion de transaction*, th. Toulouse, 1947, pp. 307-334, spéc. p. 334, où l'auteur rappelle à son effet essentiellement extinctif : « C'est ce caractère libératoire de la transaction qui constitue son aspect positif et qu'on a trop souvent laissé dans l'ombre. C'est par lui qu'apparaît la différence profonde qui la sépare des autres conventions abdicatives et que se justifie la qualification spéciale qu'on lui donne dans la classification générale des contrats. » V. égal. F. BOULAN, *La transaction en droit privé positif*, th. Aix-Marseille, 1971, nos 419 à 438, pp. 408-425, qui insiste à son tour sur l'effet extinctif (nos 350 à 370, pp. 343-369) et déclaratif (nos 451 à 457, pp. 437-440) de la transaction.

(308) La Cour de cassation répète ainsi que « sauf intention contraire des parties, la transaction n'emporte pas novation » : v. par ex. 1^{re} civ., 25 févr. 1976, *Bull.*, I, n° 86 ; 21 janv. 1997, *Bull.*, I, n° 25 ; D. 1997, SC, p. 179, obs. L. Aynès.

(309) V. not. L. BOYER, th. préc. (*supra*, note 307), pp. 16-28.

(310) Spéc. en droit des assurances, en droit du travail et en droit pénal. Sur ce constat, v. not. L. POULET, *Transaction et protection des parties*, th. Paris II, 2004, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 452, 2005, qui, sur cette dialectique du classique et du moderne, oppose les transactions résolutives de litiges aux transactions résolutives de conflits d'intérêts.

(311) V. déc. préc., *supra*, note 304.

La condition de concessions réciproques, enfin, s'oppose à l'idée d'une renonciation unilatérale qui, serait-elle partielle, s'analyserait toujours en une remise de dette, même litigieuse. Pour qu'il y ait transaction, il faut que les deux parties consentent une telle remise, et que l'une et l'autre des dettes réciproques soient contestées ou contestables dans leur existence, dans leur espèce ou dans leur montant. À défaut, on serait à nouveau en présence d'une remise de dette, éventuellement réciproque cette fois, voire d'une compensation conventionnelle si les parties avaient spécialement cherché à réaliser ce faisant des concessions strictement équivalentes.

De ce qui précède, il se donne ainsi à voir que l'extinction d'un rapport contractuel n'exclut pas nécessairement sa modification si cette extinction n'est que partielle ou qu'elle a pour objet de permettre la reconstitution d'une nouvelle obligation sur la base du contrat disparu. Il existe en cela un rapport étroit entre les contrats extinctifs et les contrats modificatifs.

3. Les contrats modificatifs

381. La novation – Si l'on peut naturellement convenir de modifier un contrat par simple révision, on peut également y procéder au moyen d'une convention novatoire. La novation est traditionnellement étudiée en tant que modalité d'extinction des obligations, et c'est à cette place qu'elle figure dans le Code civil. Parce qu'elle postule cependant la continuation d'une relation contractuelle, même différente, elle apparaît aussi, dans son économie, comme un contrat modificatif⁽³¹²⁾. Elle se définit au plus simple comme la substitution d'une obligation par une autre entre lesquelles est conservé un lien juridique de causalité⁽³¹³⁾. Pour exister, elle doit donc réunir trois éléments constitutifs, qui tiennent dans l'extinction d'une obligation, la création d'une nouvelle, et l'instauration d'un lien juridique causal entre les deux.

Parce que la novation est aussi un contrat extinctif, elle n'est pas qu'une révision. Or, si la modification n'est qu'accessoire, c'est bien vers la simple révision que portera la présomption. En cette première hypothèse déjà, l'intention novatoire devra donc être spécialement établie, à défaut de quoi l'inexistence s'imposerait à la novation.

Mais parce qu'elle est surtout un contrat modificatif, la novation suppose la création d'un nouveau rapport de droit. La disparition des accessoires de la dette éteinte n'est qu'une conséquence de cette régénération de l'obligation. Cet autre élément constitutif de la novation la distingue d'un contrat purement extinctif tel que peut l'être notamment la

(312) V. ainsi F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.* (*supra*, note 14), n° 1417, p. 1397 : « *l'effet extinctif n'est, d'une certaine manière, qu'un effet second de la novation. L'objectif premier des parties est assurément la création de l'obligation nouvelle.* » Même lorsque la novation ne consiste en rien d'autre qu'en l'extinction d'une obligation pour en reconstituer une semblable privée des exceptions et sûretés de la première, la disparition de ces accessoires suffit encore à caractériser la modification du rapport contractuel.

(313) ULPIN disait aussi bien qu'elle est la transfusion d'une obligation actuelle dans une obligation nouvelle (Dig., XLVI, II, 1, *pr.*).

dation en paiement⁽³¹⁴⁾, ou d'un acte qui n'aurait qu'une vocation instrumentaire. Si le contrat avait en effet pour objet, non de constituer une nouvelle obligation, mais de faire la preuve d'une précédente, même éteinte, la novation s'en trouverait à nouveau inexistante.

Et la novation ne constituerait pas proprement un contrat modificatif si elle ne préservait pas en outre un lien juridique entre l'obligation éteinte et celle qui lui est substituée⁽³¹⁵⁾. L'acte novatoire se sépare ici de l'opération qui ne consisterait qu'à mettre fin à un contrat pour en constituer un nouveau sans rapport de causalité entre l'un et l'autre. L'hypothèse vise en particulier celle dans laquelle la première obligation serait l'objet d'une modification substantielle : on présumera cette fois la simple substitution d'obligations, sans lien juridique, et par conséquent l'inexistence de toute novation⁽³¹⁶⁾. Il en résulte notamment que la nullité de la première ne mettra pas obstacle à la validité de la seconde, pas plus que la nullité de la seconde ne remettra en cause l'extinction opérée de la première. Dans tous les cas donc, que la modification soit accessoire ou substantielle, l'*animus novandi* exige d'être spécialement attesté (C. civ., art. 1273)⁽³¹⁷⁾.

En application de ces principes, le changement de contractant fera présumer la conclusion pure et simple d'un nouveau contrat, sans lien avec le précédent, sauf pour les intéressés à démontrer que le second a été en réalité convenu en contemplation du premier, auquel cas la novation se fera délégatoire. Mais aller trop loin dans cette voie de continuation menacerait encore la novation tout juste établie, car la transmission d'un rapport de droit peut aussi se réaliser sans aucune novation ni extinction, par simple cession ou subrogation⁽³¹⁸⁾.

Où l'on constate que la défaveur exprimée envers la novation par la présomption légale posée à l'article 1273 du Code civil tend ainsi à provoquer son reflux chaque fois qu'elle entre en contact avec une qualification concurrente, et à multiplier d'autant alors ses causes d'inexistence.

(314) Sur cette distinction, v. *supra*, n° 379, spéc. note 300.

(315) Lien juridique qui s'analyse comme un rapport de causalité : v. not. 1^{re} civ., 7 nov. 1995, *Bull.*, I, n° 387 ; *RTD civ.* 1996, p. 619, obs. J. Mestre ; *Deffrénois* 1996, art. 36272, p. 356, obs. Ph. Delebecque.

(316) V. par ex. Req., 8 nov. 1875, *DP* 1876, I, p. 438 ; S. 1876, I, p. 102, qui énonce qu'« *il ne suffit pas d'augmenter ou de diminuer la dette [...] ou même de changer l'espèce de l'obligation* », modifications pourtant objectivement substantielles, pour constituer la novation. V. égal. Civ., 1^{re} sect., 15 janv. 1963, *Bull.*, I, n° 31, qui pose pour principe « *que la conversion en une rente viagère de l'obligation principale de faire, qui découle du bail à nourriture, n'entraîne pas novation, par changement d'objet, de la convention* » ; et 1^{re} civ., 25 mai 1981, *Bull.*, I, n° 182, qui écarte encore l'existence d'une novation au cas de changement du montant d'une dette. En même sens, v. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.* (*supra*, note 14), n° 1431, p. 1409 : « *s'il y a doute, il convient de conclure à l'addition ou la simple succession des obligations plutôt qu'à la substitution* », puis n° 1432 : « *Il n'y a pas d'opération juridique qui soit par nature novatoire.* »

(317) Dès lors que, une fois établie, la novation peut intervenir même au cas de modification accessoire, et qu'elle exige toujours d'être établie, même au cas de modification substantielle, il n'est guère de raison, autre qu'historique, de continuer à enseigner que la novation ne pourrait opérer que par changement d'objet, de cause ou de contractant. Le principe d'autonomie de la volonté qui régit la matière oblige à reconnaître que les parties sont libres de nover leurs obligations comme elles l'entendent, et qu'il leur est même loisible de le faire sans rien modifier sur le fond de l'obligation ainsi renouvelée. En ce sens encore, v. F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.* (*supra*, note 14), n° 1433, p. 1410.

(318) Sur lesquelles, v. *supra*, n° 360, *in medio*.

382. Le partage amiable – Si l'on se contente de définir le partage comme l'acte qui met fin à une indivision, il apparaîtra immédiatement comme un acte extinctif. Si l'on y ajoute qu'il a pour effet d'attribuer à chaque indivisaire un droit exclusif à proportion de la quote-part que chacun détenait dans l'indivision, on sera tenté d'y voir un acte réconfortif, ce que l'on paraît signifier lorsqu'on lui attache un caractère déclaratif. Mais parce que, cumulant l'un et l'autre de ces deux effets, il en vient à transformer le droit de chaque titulaire d'indivis à divis, c'est finalement sa nature modificative qui paraît devoir prendre le pas⁽³¹⁹⁾.

Les éléments constitutifs du partage sont si spécifiques qu'il ne prête guère à confusion. Chaque fois en effet que l'on constate l'existence d'un accord passé entre coindivisaires en vue de faire cesser pour partie au moins l'état d'indivision en attribuant à chacun un droit réel exclusif sur les biens composant le patrimoine indivis, l'existence de la convention de partage sera établie⁽³²⁰⁾. Il pourra cependant arriver que le partage prenne les traits d'une transaction si les droits indivis qui en constituent l'objet sont contestés d'une façon ou d'une autre. Visant alors à liquider une situation litigieuse, et à y mettre un terme en même temps qu'à l'indivision, l'accord des parties répondra plus volontiers à cette autre qualification, laquelle leur fermera toute action en rescision ou en complément de part⁽³²¹⁾.

Quant à la **donation-partage**, par laquelle un ascendant distribue tout ou partie de ses biens présents entre ses héritiers présomptifs par un acte de disposition immédiat et irrévocable, elle est bien moins un partage qu'une donation. En l'absence en effet de toute indivision à laquelle mettre fin, cette libéralité ne peut opérer aucun partage *proprio sensu*. Il y a bien une répartition, mais elle est le fait d'un seul donateur, qui compose les lots revenant à chacun de ses descendants avant de recueillir, dans le même acte, leur

(319) Pour ce caractère modificatif, v. par ex. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil – Les successions et les libéralités*, Sirey, 1983, n° 811, p. 608, selon lesquels le partage « transforme le droit de chaque copartageant qui portait sur une quote-part idéale et dont l'assiette était indéterminée en un droit concret portant sur des biens déterminés ». Rapp. les auteurs qui précisent que cette modification consiste en une liquidation des droits et obligations nés du jour de l'indivision : Ch. BEUDANT, *op. cit.* (*supra*, note 10), t. V bis, *Les successions ab intestat*, collab. R. Le Balle, 1936, n° 712, p. 382 : « Convertir un droit indivis sur la totalité en un droit exclusif sur une partie matériellement déterminée de la chose, c'est – pour le partage – faire davantage que de déclarer simplement des droits préexistants puisque ces droits se trouvent transformés ; mais c'est aussi ne réaliser qu'une transformation et non une complète translation de droits puisque le copartageant était déjà titulaire de droits indivis sur la chose. » ; et F. CHÉNEDÉ, *op. cit.* (*supra*, note 121), n° 46, pp. 55-56.

(320) Le caractère égalitaire – c'est-à-dire plus précisément proportionnel – du partage n'est pas précisément une condition de son existence, mais tout au plus de sa validité. Condition toute relative d'ailleurs, considérant que la lésion du copartageant ne lui confère un droit de critique que s'il manque plus du quart de ce qui lui était dû, et que, même alors, il ne dispose plus désormais que d'une action en complément de part en lieu de l'ancienne action en rescision du partage (C. civ., art. 889, rédact. L. 2006-728 du 23 juin 2006).

(321) V. ainsi C. civ., art. 888, orig. : « L'action en rescision est admise contre tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers, encore qu'il fût qualifié de vente, d'échange et de transaction, ou de toute autre manière. – Mais après le partage, ou l'acte qui en tient lieu, l'action en rescision n'est plus admissible contre la transaction faite sur les difficultés réelles que présentait le premier acte ». En ce sens encore, malgré une jurisprudence incertaine, v. L. BOYER, th. préc. (*supra*, note 307), pp. 433-434 ; ou A. BÉNABENT, *op. cit.* (*supra*, note 88), n° 1425, p. 662.

consentement respectif⁽³²²⁾. Si la donation-partage opère donc une distribution, le partage, quant à lui, demeure en l'espèce inexistant⁽³²³⁾.

Ainsi revenu par la donation au point de départ de cet itinéraire à travers les contrats transactionnels, il apparaît clairement désormais que chacun d'entre eux présente ses propres causes d'inexistence. Il est tout à penser par conséquent que ce constat ne vaille pas moins à l'égard du contrat organisationnel.

§ 2 – L'inexistence du contrat organisationnel

383. Des contrats à part – Au-delà de la longue liste des contrats spéciaux traditionnels, on trouve encore d'autres formes de conventions sources d'effets juridiques, et susceptibles comme telles de recevoir aussi la qualification de contrats. Loin de se contenter de réaliser une transaction économique, ceux-ci visent plutôt à poser les bases juridiques d'une relation future en en réglant d'emblée ses principaux aspects. Pour cette raison, ils peuvent être dits organisationnels⁽³²⁴⁾.

Ces contrats présentent certains traits communs qui les distinguent des conventions ordinaires. De façon générale, ils réunissent pour propriétés de produire des effets continus plutôt qu'instantanés, de fonder à ce titre une relation contractuelle destinée à s'inscrire dans la durée, et d'impliquer conséquemment une certaine forme de collaboration entre les contractants. Ils peuvent donc être qualifiés en cela de contrats d'intérêt commun⁽³²⁵⁾. Mais rien de tout cela ne suffirait à les distinguer absolument des autres contrats s'ils ne revêtaient encore un autre caractère, celui-ci tout à fait propre, qui détermine leur autonomie⁽³²⁶⁾. Car les contrats organisationnels ont pour particularité de ne faire naître,

(322) Il ne pourrait y avoir de partage que si la donation précédait la distribution : la première constituerait alors une indivision entre l'ensemble des descendants acceptants, et la distribution ultérieure réaliserait ensuite un véritable partage. Mais il s'agirait alors de deux actes successifs, donation *puis* partage, et non plus proprement d'une donation-partage.

(323) C'est au moins vrai depuis que la loi a successivement fait exception en la matière à la plupart des règles normalement applicables au partage : la donation-partage a ainsi fini par échapper à la nullité pour omission d'enfant et à la rescision pour lésion (L. 71-523 du 3 juill. 1971), a pu s'étendre à des tiers non successibles (L. 88-15 du 3 janv. 1988), pour se voir entièrement assujettie dorénavant au régime des donations entre vifs (L. 2006-728 du 23 juin 2006 : C. civ., art. 1075 et 1077-2).

(324) D'après la qualification de contrat-organisation proposée par P. DIDIER, art. préc. (*supra*, note 119).

(325) C'est à propos de ces contrats plus que tous autres que l'on a pu proposer d'imposer aux parties un devoir de collaboration, ou de coopération (F. DIESSE, « Le devoir de coopération comme principe directeur du contrat », *Arch. phil. dr.*, t. 43, *Le droit et l'immatériel*, Dalloz, 1999, p. 259), de loyauté (Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. Dijon, 1987, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 208, 1989), voire de solidarité, ou encore même de fraternité (C. GUELFUCCI-THIBIERGE, « Libre-propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, pp. 357-385, spéc. nos 31 et 32, pp. 382-384 ; et D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF et J.-Cl., 1999, pp. 603-634).

(326) Puisqu'il est aussi des contrats transactionnels qui réunissent tous ces attributs, tels que par exemple le contrat de travail ou le contrat d'agence commerciale. En quoi l'appellation de *contrat relationnel* proposée par Ian MACNEIL (v. *supra*, *ibid.*) est insuffisante à rendre compte de l'identité des conventions ici examinées.

à titre principal au moins, aucune obligation : si certaines peuvent toujours s'en dégager, celles-ci ne constituent jamais l'objet même de la convention⁽³²⁷⁾.

De ce que l'existence d'obligations ne se trouve pas au cœur de ces conventions il résulte que leur régime ne répond pas entièrement à celui des autres contrats. Ainsi observe-t-on notamment que l'inexécution des obligations qui auront occasionnellement pu s'y réfugier n'autorisera plus ici à se prévaloir aussi sûrement que pour un contrat transactionnel de l'exception d'inexécution ou de la résolution. C'est en ce sens que l'on peut dire que ces contrats ne sont ni unilatéraux ni même synallagmatiques⁽³²⁸⁾, mais plutôt conjoints, ou mutuels.

Leur objet ne consiste pourtant pas à traiter d'obligations préexistantes : il s'agit bien à chaque fois de constituer une situation juridique nouvelle. À l'analyse, il apparaît ainsi que ces contrats ont pour fin, soit d'encadrer une activité (A), soit d'instituer une communauté (B).

A - LES CONTRATS ENCADRANT UNE ACTIVITÉ

384. De l'aménagement à la réglementation – L'activité que ces contrats encadrent est essentiellement une activité d'affaires ou professionnelle. La première sera simplement aménagée (1) ; la seconde ira jusqu'à être ainsi réglementée (2).

1. L'aménagement d'une relation d'affaires

385. Les contrats de distribution – Le terme de contrat de distribution vise l'accord conclu entre un fournisseur et un distributeur en vue d'instaurer et d'organiser une relation commerciale consistant en une livraison successive de marchandises. Cette relation peut dépendre d'un contrat unique n'appelant la conclusion d'aucun autre, les transferts de propriété à intervenir étant d'ores et déjà entièrement réglés au jour de cet accord, mais, plus souvent, le contrat de distribution prendra la forme d'un contrat-cadre dont

(327) Mais même si l'accord ne crée directement aucune obligation sur la tête des parties, il n'en demeure pas moins un contrat, son effet normatif suffisant à produire l'effet juridique qui conditionne cette qualification. Sur la définition retenue du contrat, v. *supra*, n° 12. Indirectement, on observe d'ailleurs que les parties sont toujours tenues, même en ce cas, d'une obligation de ne pas faire qui consiste à ne pas revenir sur les conditions fixées par leur accord. *Contra*, refusant la qualification contractuelle d'une telle convention sur le fond d'une analyse purement obligationnelle du contrat, v. par ex. CA Paris, 26 sept. 1995, *RJDA* 1996, n° 180 ; *RTD civ.* 1996, p. 143, obs. J. Mestre, à propos d'un accord qualifié par les parties de « *contrat-cadre de coopération* » qui définissait les termes d'une collaboration future et éventuelle.

(328) V. F. CHÉNEDÉ, *op. cit.* (*supra*, note 121), n°s 297 et 298, pp. 278-279, à propos de la catégorie approchante des « *contrats-partage* », pour lesquels l'auteur estime que « *la distinction des contrats unilatéraux et des contrats synallagmatiques leur est totalement inapplicable.* »

l'exécution impliquera la formation de ventes successives⁽³²⁹⁾. C'est à ce dernier titre que cette convention constitue à proprement parler un contrat organisationnel⁽³³⁰⁾.

Les contrats de distribution se partagent pour l'essentiel selon qu'ils organisent une **distribution sélective** ou une distribution exclusive. Les premiers consistent pour un fournisseur à sélectionner quelques distributeurs sur un territoire donné en fonction de compétences et d'installations qui lui paraissent conformes à l'image de ses produits, et pour le distributeur à bénéficier de la possibilité de vendre ces derniers⁽³³¹⁾. En toute hypothèse, il ne s'agit jamais pour l'essentiel que de fournir à ce distributeur des marchandises. Si cette fourniture s'accompagnait d'un transfert de marque et de savoir-faire, ou qu'elle portait autant sur des services que sur des biens, il ne s'agirait déjà plus d'un contrat de distribution proprement dit, mais d'un franchisage dans le premier cas, ou d'un contrat de coopération dans le second⁽³³²⁾.

Lorsqu'à la distribution sélective se joint une obligation d'exclusivité imposée au distributeur de s'approvisionner chez le même fournisseur, la distribution devient exclusive et l'on parle alors de **concession** au sens strict. On y ajoute souvent une exclusivité réciproque mise à charge du fournisseur de vendre ses produits à ce seul distributeur sur le territoire désigné⁽³³³⁾. Mais cette réciprocité n'est pas de l'essence de la concession : les brasseurs s'engagent rarement à garantir une exclusivité territoriale aux débiteurs de boissons, et leurs contrats de distribution, dits de bière, ne sont pas moins qualifiés de contrats de concession dès lors que le débiteur s'oblige à ne s'approvisionner qu'auprès de ce fournisseur⁽³³⁴⁾. L'exclusivité territoriale consentie par le fournisseur n'est essentielle qu'à

(329) Sur l'analyse du contrat de distribution en tant que contrat-cadre, v. déjà *supra*, n° 341, spéc. note 54.

(330) Même lorsque le contrat-cadre fait obligation aux parties de conclure ces ventes, son autonomie demeure tant que l'on ne forcera pas à la livraison et au paiement du prix des marchandises sans avoir constaté le consentement chaque fois préalable des parties. Le contrat de franchisage, en revanche, ne constitue pas en soi un contrat de distribution, même s'il l'est aussi le plus souvent, dès lors que son objet est d'abord de transférer l'usage d'une marque et un savoir-faire, la fourniture de marchandises n'étant jamais qu'accessoire et éventuelle. En quoi le franchisage constitue essentiellement un louage d'ouvrage, et appartient par conséquent à la famille des contrats transactionnels : v. *supra*, n° 375.

(331) Rappr. Crim., 3 nov. 1982, *Nina Ricci*, *Bull.*, n° 238 : « attendu qu'un contrat de distribution sélective est celui par lequel, d'une part, le fournisseur s'engage à approvisionner dans un secteur déterminé un ou plusieurs commerçants qu'il choisit en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, sans discrimination et sans limitation quantitative injustifiées, et par lequel, d'autre part, le distributeur est autorisé à vendre d'autres produits concurrents ». Et encore règl. 2790/1999/CE du 22 déc. 1999, art. 1^{er}, d : « Un « système de distribution sélective » est un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, uniquement à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés ». V. égal. J.-P. VIENNOIS, *La distribution sélective*, th. Lyon, 1997, Litec, *Bibl. dr. entreprise*, t. 41, 1999, n° 4, p. 9.

(332) Sur le franchisage, v. *supra*, n° 375. Sur les contrats de coopération, v. *infra*, n° 386.

(333) L'exclusivité peut porter sur trois obligations différentes, selon qu'elle concerne l'obligation de fourniture exclusive, qui pèse sur le fournisseur, l'obligation d'approvisionnement exclusif, qui pèse sur le distributeur, en amont, ou l'obligation de distribution exclusive, qui pèse sur le même, en aval.

(334) V. F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.* (*supra*, note 288), n° 937, p. 919. La terminologie est cependant fluctuante, certains auteurs réservant la qualification de contrat de concession au contrat qui prévoit une exclusivité réciproque du distributeur et du fournisseur. En même sens, v. Crim., 3 nov. 1982, préc. (*supra*, note 331), qui estime que le contrat de concession suppose que « soit stipulé dans le contrat que le concédant doit s'engager à ne pas vendre à un concurrent actuel ou éventuel du concessionnaire et à ne pas créer d'autres (suite p. suiv.) ».

une variété de concession que l'on dit pour cette raison exclusive⁽³³⁵⁾. Il suffit donc au contrat de concession pour exister de prévoir, comme pour tout contrat de distribution, une obligation de fourniture à la charge du concédant et une obligation réciproque de distribution à la charge du revendeur, s'y joignant seulement ici une obligation d'approvisionnement exclusif imposée à ce dernier.

Il en résulte que l'exclusivité qui ne porterait que sur l'obligation du fournisseur, en laissant le distributeur libre de s'approvisionner à une autre source, serait impropre à caractériser l'existence d'un contrat de concession. Il ne s'agirait tout au plus que d'un contrat-cadre de fourniture exclusive⁽³³⁶⁾. À plus forte raison n'y aurait-il pas de concession si le contrat ne consistait pas en un contrat-cadre de ventes à venir mais en une vente immédiate à livraisons successives⁽³³⁷⁾.

Et il importe tout autant de déterminer à quel titre le distributeur contracte avec la clientèle. Car s'il n'intervient pas pour son propre compte, à nouveau, la qualification de concession devra être écartée, au profit cette fois de celle de mandat, et plus spécialement de contrat d'agence commerciale. Dans cette perspective, mais à un niveau toujours plus avancé d'intégration, il faudra également vérifier que la dépendance économique du concessionnaire ne tend pas à forcer sa dépendance juridique au concédant, sous peine de ne plus y voir que le préposé de ce dernier. C'est à ce titre en effet que l'article L. 7321-2, 2°, a, du Code du travail soumet les distributeurs exclusifs aux dispositions de ce Code, au moins lorsque les marchandises restent en la propriété du fournisseur⁽³³⁸⁾.

386. Les contrats de coopération – À la différence des contrats de distribution, les contrats de coopération portent sur la fourniture de services plutôt que de biens. Leur objet

concessions dans la zone attribuée et que le concessionnaire accepte de s'abstenir de commercialiser des produits d'une autre marque que celle du concédant ».

(335) Ce qui justifie que la Cour de cassation ait pu juger que le débiteur de la prestation caractéristique d'un tel contrat de concession exclusive était le fournisseur obligé par cette exclusivité, et non le distributeur, également tenu de son côté de ne pas distribuer d'autres produits que ceux qui lui sont ainsi livrés : Com., 23 janv. 2007, pourvoi n° 05-12166 ; JCP 2007, II, 10074, note T. Azzi ; RDC 2007, p. 842, obs. M. Behar-Touchais, et p. 887, 2^e esp., obs. P. Deumier. La solution aurait probablement été différente s'il s'était agi d'un simple contrat de concession, sans exclusivité de fourniture. Rappr. règl. 593/2008/CE du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), art. 4, § 1, f : « le contrat de distribution est régi par la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle ». Comp. Ph. LE TOURNEAU, *Les contrats de concession*, 2^e éd., Litec, 2010, qui définit le contrat de « concession exclusive » – par opposition à la distribution sélective, ou « concession libre » chez le même auteur – comme « le contrat par lequel un concédant accorde l'exclusivité de la revente de ses produits de marque sur un territoire déterminé, tandis que le concessionnaire s'engage à s'approvisionner exclusivement chez le concédant ».

(336) V. pour illustration Com., 31 mai 1983, *Bull.*, IV, n° 165.

(337) On sait que la Cour de cassation a longtemps confondu ces deux types contractuels, en particulier lorsqu'il s'agissait de contrôler au jour de la formation du contrat de distribution la détermination du prix des ventes à intervenir en exécution. Pour mémoire, v. ainsi cet arrêt symptomatique qui, après avoir constaté que la cour d'appel a relevé des éléments constitutifs du contrat de concession, juge qu'elle « a pu déduire que celui-ci était resté un contrat de vente » en lieu du contrat de mandat invoqué par le pourvoi : Com., 13 mai 1970, *Bull.*, III, n° 161 ; JCP 1971, II, 16891, note A. Sayag.

(338) Dernière précision salutaire, mais que l'on doit à la jurisprudence : v. par ex. Soc., 16 févr. 1983, *Bull.*, V, n° 88. À s'en tenir à la lettre du Code, en effet, tout contrat de distribution exclusive constituerait nécessairement une gérance de succursale et, par là, un contrat de travail...

est d'aménager un cadre juridique destiné à aider à la réalisation d'un projet commun⁽³³⁹⁾. Lorsque la réalisation de ce projet implique la passation d'actes juridiques, le contrat de coopération prend alors la forme d'un contrat-cadre, quand il n'est pas même un contrat de société ou d'association. Dans le cas contraire, il ne constitue qu'un contrat d'entreprise ou un échange de services, contrat transactionnel plutôt qu'organisationnel. Le **contrat de coopération commerciale** visé à l'article L. 441-7 du Code de commerce correspond ainsi à cette autre figure, s'agissant d'un accord lié à un contrat de distribution et consistant pour le distributeur à rendre à son fournisseur des services spécifiques en vue de mettre en valeur les produits fournis et d'améliorer leur commercialisation⁽³⁴⁰⁾. Hors cette acception légale particulière, cependant, les contrats de coopération se comprennent comme des accords destinés à organiser, non un échange, mais une activité conjointe, qu'il soit question de cotraitance, de consortium ou encore de *joint venture*.

Laissant ces qualifications particulières de côté, on peut préférer se pencher ici sur le **contrat d'intégration**. Lorsque la collaboration ne tend plus en effet vers l'égalité mais vers une dépendance, même purement économique, de l'une des parties à l'autre, le schéma contractuel n'est plus tout à fait le même. En réglementant ainsi cette production intégrée que réalise le contrat d'intégration agricole (C. rur., art. L. 326-1 et s., issus de L. 64-678 du 6 juill. 1964), la loi paraît bien y voir encore une forme de coopération qui dispose que ces accords supposent une « *obligation réciproque de fournitures de produits ou de services* » (art. L. 326-1, al. 1^{er}) tout en précisant qu'ils « *ne sont pas réputés contrats d'intégration s'ils ne comportent d'autre obligation pour le ou les producteurs agricoles que le paiement d'un prix* » (art. L. 326-3, al. 1^{er}). En ce dernier cas en effet, le contrat d'intégration resterait inexistant puisqu'il reviendrait à un contrat de distribution. Mais parce que cette dernière disposition ne vise aussi que les obligations du producteur, et non celles réciproques de son cocontractant, la jurisprudence y a trouvé argument pour réintroduire dans la qualification du contrat d'intégration agricole l'élément de dépendance que seul son nom laissait entendre⁽³⁴¹⁾. Comme pour la distribution exclusive⁽³⁴²⁾, cependant, le risque guette que

(339) V. par ex. G. DARMON, *Les contrats de coopération inter-entreprises*, th. Aix-Marseille III, 1998, qui circonscrit son sujet à tout contrat comprenant une obligation de coopération ; F. DESCORPS-DECLÈRE, *Pour une obligation d'adaptation des accords de coopération*, th. Paris I, 2000, n° 16, p. 18, qui définit le contrat de coopération comme « *le contrat par lequel deux personnes au moins s'engagent à poursuivre ensemble la réalisation d'un objectif commun* » ; L. DEIS, *Les contrats de coopération inter-entreprises*, th. Paris II, 2002, nos 236 à 309, pp. 117-145, qui identifie pour éléments constitutifs du contrat de coopération la relation égalitaire des parties, l'*animus cooperandi* et leur volonté d'atteindre un objectif commun.

(340) Introduit par la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, l'article L. 441-7 du Code de commerce n'a en réalité nommé le contrat de coopération commerciale que jusqu'à ce que la loi du 3 janvier 2008 lui en reprenne le nom. Pendant ces quelques mois, on a pu ainsi lire que « *Le contrat de coopération commerciale est une convention par laquelle un distributeur ou un prestataire de services s'oblige envers un fournisseur à lui rendre, à l'occasion de la revente de ses produits ou services aux consommateurs, des services propres à favoriser leur commercialisation qui ne relèvent pas des obligations d'achat et de vente.* » Sur ce contrat, v. not. Y. PICOD, « Un nouveau contrat nommé : le contrat de coopération commerciale », in *Libre droit – Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, pp. 805-818.

(341) Soulignant l'importance de ce déséquilibre obligationnel pour la qualification du contrat d'intégration agricole, v. par ex. 1^{re} civ., 14 déc. 1976, *Bull.*, I, n° 396 ; RDR 1977, p. 206, obs. L. Lorvellec ; D. 1978, p. 177, note G. Chesne et E.-N. Martine ; et encore 30 oct. 1995, *Bull.*, I, n° 378, qui relève que « *l'éleveur était* »
(suite p. suiv.)

la dépendance économique se fasse également juridique, et que le contrat de travail chasse alors le contrat d'intégration, qui retomberait à nouveau dans l'inexistence⁽³⁴³⁾.

La société **coopérative**, enfin, n'est pas qu'un contrat de coopération, ni même d'intégration⁽³⁴⁴⁾. Elle est avant tout un contrat de société, qui suppose une mise en commun d'apports, la constitution d'un capital, l'acquisition de parts, et l'adoption d'une forme sociale déterminée dotée de la personnalité morale. Reconnaître l'existence d'une coopérative enjoindrait donc à conclure là encore à l'inexistence de la coopération *stricto sensu*, qui s'entend du contrat dont le seul objet est de définir les conditions d'une collaboration commerciale. Si le contrat de coopération instaure bien une communauté économique, celle-ci n'est pas encore juridique. Dans cette voie cependant, il est d'autres contrats qui dépasseront la stricte organisation d'une relation d'affaires interpersonnelle pour s'étendre au-delà, à la réglementation d'un milieu professionnel.

2. La réglementation d'un milieu professionnel

387. La convention collective – Les articles L. 2221-1 et L. 2221-2 du Code du travail définissent la convention collective comme celle qui a pour vocation de traiter de l'ensemble des conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail des salariés, ainsi que de leurs garanties sociales, et la distinguent ce faisant de l'accord collectif, qui disposerait pour sa part d'un champ réduit à un ou quelques uns de ces objets. Laissant cette distinction toute particulière de côté, on vise ici toute convention collective de travail portant sur l'un quelconque de ces objets et conclue à un niveau macro-économique, que l'accord soit de branche, professionnel ou interprofessionnel.

À la définition légale, il faut ajouter que, en lieu de « *traiter* » des conditions de travail des salariés, la convention collective a bien plutôt pour objet de les *régler*, étant donné que sa nature est justement de développer un effet normatif, ses dispositions s'appliquant à toutes les entreprises des employeurs membres des organisations patronales signataires ou

dans une situation de dépendance économique [de sorte que] la cour d'appel a retenu à bon droit que la convention litigieuse devait être réputée contrat d'intégration ». V. égal. CE, ass., 2 juill. 1982, n° 13322, M^{me} Eynaud, Rec., p. 259 : « il résulte des dispositions du titre V de cette loi relatif aux contrats d'intégration, ainsi que des travaux préparatoires qui s'y rapportent, que le législateur a entendu organiser une protection particulière des agriculteurs signataires de ces contrats, afin de tenir compte de la situation de dépendance économique dans laquelle ils se trouvent ». Sur la question, v. B. PUILL, « La complémentarité de l'analyse économique dans la nouvelle définition des contrats d'intégration en agriculture », RDR 1978, p. 41.

(342) V. *supra*, n° 385, *in fine*.

(343) Sur la distinction du contrat d'intégration et du contrat de travail, v. ainsi CE, 2 juill. 1982, préc. (*supra*, note 341). Comp. G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance*, th. Paris I, 1985, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 190, 1986, n°s 212 à 226, pp. 151-162, qui estime que la dépendance économique provoque par nature une subordination, qu'elle soit juridique – c'est le contrat de travail – ou professionnelle.

(344) V. par ex. 1^{re} civ., 4 mars 1997, *Bull.*, I, n° 77 ; *Bull. Joly* 1997, § 226, p. 570, note J.-J. Barbiéri, qui censure une cour d'appel pour avoir jugé que le contrat conclu entre un sociétaire et sa coopérative s'analysait en un contrat d'intégration, alors que « les relations entre les coopératives agricoles et leurs sociétaires ne sont pas régies par les dispositions relatives aux contrats d'intégration ».

adhérentes à la convention (art. L. 2262-1 et s.)⁽³⁴⁵⁾, sinon même à toutes les entreprises du secteur concerné dès lors qu'étendue par arrêté ministériel (art. L. 2261-15 et s.). Pour valoir comme telle, la loi précise encore que la convention collective doit être conclue par une organisation syndicale représentative des salariés (art. L. 2231-1), mais cette autre condition apparaît plus sûrement comme une condition de validité qu'une condition d'existence de l'accord, tant du moins que, même sans satisfaire à cette exigence, les parties auront bien cherché à réglementer un secteur d'activité professionnelle⁽³⁴⁶⁾.

Considérant la spécificité de son objet, la convention collective dont serait constatée l'inexistence a peu de chance d'être requalifiée, sinon en accord d'entreprise, ou tout autre assimilé, pour le cas où le niveau de négociation n'aurait pas été assez élevé.

388. L'accord d'entreprise – Au niveau micro-économique, la convention destinée à régler les conditions de travail des salariés prend le nom d'accord d'entreprise. Il peut aussi être dit de groupe, à son niveau culminant, ou d'établissement, au niveau le plus restreint.

Comme la convention collective, l'accord d'entreprise est un contrat à portée normative en ce notamment qu'il s'applique à tous les salariés de l'entreprise, même non syndiqués aux organisations signataires. À la différence de celle-là cependant, l'employeur négocie ici directement, l'accord lui étant de son côté opposable sans aucune représentation syndicale.

Les salariés signataires, en revanche, doivent nécessairement être représentants syndicaux, sous peine de nullité de l'accord ainsi conclu (C. trav., art. L. 2232-12 et s.)⁽³⁴⁷⁾. Une solution particulière prévaut cependant ici, qui paraît associer cette nullité à une inexistance : nulle en tant qu'accord d'entreprise, cette convention, que la doctrine qualifie alors d'accord atypique, est convertie par le juge en un engagement unilatéral de l'employeur afin de lui en imposer malgré tout la substance⁽³⁴⁸⁾. Ce faisant, on passe outre la

(345) Le phénomène représentatif suffirait peut-être à justifier cette opposabilité de la convention collective à ces employeurs et à leurs entreprises sans nécessiter de lui reconnaître une portée réglementaire, si celle-ci ne transpirait pas assez par ailleurs. Car c'est bien en tant que norme, et non par incorporation aux contrats de travail, que la convention collective trouve à s'imposer aux relations de travail. Et c'est parce qu'elle constitue une véritable règle de droit que le juge a l'obligation d'en rechercher l'existence et la teneur (Soc., 20 févr. 1996, *Bull.*, V, n° 60), et que son interprétation fait l'objet d'un contrôle plein de la Cour de cassation, au-delà du simple vice de dénaturation (Ass. plén., 6 févr. 1976, *Bull.*, AP, n° 2 ; 12 mai 1989, *Bull.*, AP, n° 1, trois arrêts). Sur la question, v. not. G. ROUHETTE, « L'extension à des tiers des effets d'un accord de volonté (les accords collectifs en droit français) », *RIDC* 1979, suppl., pp. 55-82 ; et Ph. NEAU-LEDUC, *La réglementation de droit privé*, th. Montpellier, 1997, Litec, Bibl. dr. entr., t. 38, 1998, nos 224 à 232, pp. 150-155.

(346) Ainsi les articles 2232-12 et suivants du même Code visent-ils ces mêmes conditions de représentation pour « *Conditions de validité* » de l'accord d'entreprise.

(347) Il s'agit bien ici de nullité, ainsi que l'indique le paragraphe sous lequel s'inscrivent ces dispositions, et non d'inexistence, ainsi que pourrait le laisser entendre l'article L. 2232-27, alinéa 2, selon lequel « *Faute d'approbation, l'accord est réputé non écrit.* »

(348) V. not. Soc., 14 juin 1984, *Bull.*, V, n° 251 : « *attendu que même si l'accord invoqué n'avait pas la force obligatoire d'une convention collective, il constituait un engagement de l'employeur d'accorder certains avantages à une partie de son personnel* » ; 4 avril 1990, *Bull.*, V, n° 161 ; *Dr. social* 1990, p. 806, note J. Savatier ; *Les grands arrêts dr. trav.*, préc. (*supra*, note 253), n° 176, à propos de l'engagement unilatéral pris au sein d'un plan social négocié ; 30 janv. 1991, *Bull.*, V, n° 46, pour un procès verbal de conciliation. Sur la question, v. not. Ch. FREYRIA, « Les accords d'entreprise atypiques », *Dr. social* 1988, p. 43 ; G. VACHET, « Les accords atypiques », *Dr. social* 1990, p. 620. V. égal. E. DOCKÈS, « L'engagement unilatéral de l'employeur », *Dr. social* 1994, pp. 227-236, spéc. p. 230 : « *Si l'on veut encore identifier ce qui fut les « accords atypiques », peut-être pourrait-* (suite p. suiv.)

qualification d'accord d'entreprise, devenu comme inexistant, pour découvrir en son sein la matière d'un engagement qui ne nécessitait pas de recevoir le consentement des salariés pour obliger son auteur.

Pour autant, même lorsqu'ils s'accompagnent d'effets réglementaires, ces contrats organisationnels se limitent toujours dans leurs effets à encadrer une activité matérielle. Ils ne vont pas jusqu'à instituer cet objet juridique que le droit nomme communauté.

B - LES CONTRATS INSTITUANT UNE COMMUNAUTÉ

389. Une communauté de droit – En droit, le terme de communauté s'emploie pour désigner tout ensemble de biens ou de personnes réunis autour d'un même objet ou d'une même fin et auquel le système juridique reconnaît une certaine consistance. Si l'aspect réglementaire de ces communautés apparaît encore assez marqué, c'est en ce sens que le droit objectif a vocation à les organiser plus encore que les contrats qui les instituent. Ce faisant, ces derniers peuvent ainsi tendre à l'établissement d'une communauté de biens (1) comme à la fondation d'une communauté de vie (2).

1. L'établissement d'une communauté de biens

390. Le contrat de société – Qu'il ait pour objet de donner un cadre juridique à la réalisation d'une entreprise ou à la gestion d'un patrimoine, le contrat de société est le contrat organisationnel par excellence, le premier toujours cité lorsqu'il est question d'illustrer cette famille de contrats⁽³⁴⁹⁾. Communauté de personnes, la société l'est aussi et d'abord des biens que celles-ci lui apportent comme du produit de son activité : le rapprochement des associés ne se fait que par le truchement d'une mise en commun matérielle. Cela apparaît clairement lorsque, comme il en va ordinairement, la société est dotée de la personnalité morale : en ce cas en effet, le caractère essentiellement patrimonial de la société se laisse voir à travers le patrimoine et le capital ainsi constitués, lesquels

on parler d'engagements unilatéraux « concertés », ou « négociés ». Et plus gén. : M.-A. ROTSCCHILD-SOURIAC, *Les accords collectifs au niveau de l'entreprise*, th. Paris I, 1986 ; Y. CHALARON, *Négociations et accords collectifs d'entreprise*, Litec, 1990.

(349) V. not. P. DIDIER, art. préc. (*supra*, note 119). Adde J. PAILLUSSEAU, « La logique organisationnelle dans le droit. L'exemple du droit des sociétés », in *Droit et actualité – Études offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, pp. 567-604. Quoique l'on ait aussi pu contester la nature proprement contractuelle de la société, même pluri-personnelle. Pour une analyse nouvelle, v. G. WICKER, in *Rép. civ.*, Dalloz, v° Personne morale, 1998, n° 94 ; puis « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », in *Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, pp. 691-731, nos 41 à 56, p. 721 et s., qui, distinguant l'acte constitutif de la société de l'acte organisant les rapports entre associés, réserve la qualification contractuelle au second pour voir dans le premier un acte unilatéral conjonctif. Adde en même sens : F. DEBOISSY, « Le contrat de société – Rapport français », in *Le contrat*, Trav. Assoc. H. Capitant, Brésil, 2005, t. LV, SLC, 2008, pp. 91-118, n° 29, p. 108. Comp. J.-P. BRETEL, « Le débat sur la nature de la société », in *Droit et vie des affaires – Études à la mémoire d'Alain SAYAG*, Litec, 1997, pp. 131-145, n° 15, pp. 142-143, pour qui « la société relève à la fois de l'acte unilatéral collectif et de l'institution. »

dressent un voile, même transparent, entre ce gage et la personne des associés. Mais même lorsqu'elle n'est créée que de fait ou en participation, et que chaque associé s'engage alors directement sans aucun bénéfice de discussion, il reste que la société procède toujours d'un apport matériel et d'une espérance de profit collectif, d'une communauté de biens qui seule fonde et explique la communauté de personnes⁽³⁵⁰⁾.

Selon l'article 1832 du Code civil, la société est le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent « *d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.* » Trois éléments constitutifs du contrat de société s'en dégagent immédiatement, qui tiennent dans la mise en commun d'apports, destinée à la réalisation d'une entreprise commune, en vue d'en partager le bénéfice et, le cas échéant, les pertes (al. 3). À cette définition légale du contrat de société, la doctrine et la jurisprudence ajoutent une dernière condition, transversale : l'*affectio societatis*, qui devrait s'entendre comme la volonté de collaborer sur un pied d'égalité à la réalisation de ce projet commun⁽³⁵¹⁾. Si l'une de ces conditions manque au consentement de l'un des associés, c'est que celui-ci n'aura pas véritablement voulu se joindre à la société ; et si cette lacune affecte l'ensemble des consentements exprimés, alors aucun contrat de société n'aura été réellement conclu⁽³⁵²⁾.

Parce qu'une société consiste d'abord à apporter des biens ou une industrie à une entreprise, l'absence de tout apport trahirait déjà son inexistence⁽³⁵³⁾. Et il faudrait

(350) Ainsi le contrat de société figure-t-il dans le Livre troisième du Code civil, relatif aux « *différentes manières dont on acquiert la propriété* », et non au sein du Livre premier, relatif aux personnes, lequel contient en revanche le pacte civil de solidarité, dont l'aspect personnel domine cette fois l'aspect patrimonial.

L'hypothèse limite serait celle de l'association non déclarée à caractère non lucratif à laquelle les sociétaires n'auraient apporté que leur industrie : dépourvue de patrimoine propre, et née d'une mise en commun de travail plutôt que de biens, son caractère patrimonial n'apparaîtra pas immédiatement. Mais même en ce cas, l'association demeure susceptible de tirer un produit de son activité, et celui-ci constituera toujours une universalité indivise entre ses membres, même non distribuable.

(351) Pour un rappel de ces éléments constitutifs par la jurisprudence, v. par ex. Com., 22 févr. 2005, pourvoi n° 02-10357 ; *Bull. Joly* 2005, § 201, note P. Scholer : « *attendu que l'existence d'une société créée de fait entre concubins, qui exige la réunion des éléments caractérisant tout contrat de société, nécessite l'existence d'apports, l'intention de collaborer sur un pied d'égalité à la réalisation d'un projet commun et l'intention de participer aux bénéfices ou aux économies ainsi qu'aux pertes éventuelles pouvant en résulter ; que ces éléments cumulatifs doivent être établis séparément et ne peuvent se déduire les uns des autres* ». Et sur la raison justifiant l'absence de référence à l'entreprise commune parmi ces éléments constitutifs, v. *infra*, eod. num.

D'emblée, le cas de la société unipersonnelle paraît faire exception, qui ne réunit aucune de ces quatre conditions cumulatives. À s'y tenir, elle ne constituerait donc pas plus une société qu'elle ne forme un contrat. Le point explique peut-être que cette forme juridique n'a longtemps porté le nom que d'*entreprise unipersonnelle* (ou agricole) à responsabilité limitée. À présent cependant que les sociétés anonymes simplifiées unipersonnelles prospèrent, il faut bien tenter une explication. Le caractère social de ces entreprises se justifierait finalement, non pour ce qu'elles laissent paraître au jour de leur formation, mais pour ce qu'elles augurent d'un fonctionnement à venir, restant par nature ouvertes à l'adhésion de nouveaux associés. Sur cette explication, au soutien déjà de la réalité de leur personnalité juridique, v. *supra*, n° 27, *in fine*.

(352) Certes, l'article 1844-10, alinéa 1^{er}, du Code civil, en renvoyant les causes de nullité du contrat de société à l'article 1832, paraît faire de ces éléments des conditions de validité plutôt que de d'existence. Mais on ne peut plus se laisser tromper à ce stade par une disposition légale qui, comme toutes les autres, depuis toujours, ne fait aucune distinction entre l'inexistence et la nullité.

(353) Pour l'inexistence de la société faute d'apports, v. par ex. 3^e civ., 22 juin 1976, *Alphazan*, pourvoi n° 74-10119 (*D.* 1977, p. 619, note P. Denier) ; CA Paris, 21 mars 1989 (*Bull. Joly* 1989, § 160, p. 439, note B. Saintourens), qui conclut à l'inexistence de la société après avoir constaté que « *l'un des éléments essentiels du* (suite p. suiv.) »

probablement conclure en même sens si les seuls apports faits à une société de capitaux consistaient uniquement dans des apports en industrie. Le contrat de société n'est cependant pas un contrat réel, quand bien même son immatriculation peut être subordonnée à une libération au moins partielle des apports : c'est bien l'intention de faire ces apports qui importe, et non leur réalisation matérielle⁽³⁵⁴⁾. Comme pour tout contrat, l'essentiel réside d'abord dans la volonté des parties. Si donc leurs apports s'avèrent fictifs, faute de toute valeur véritable des biens qui les composent, et que l'on n'en déduit pas la volonté de leurs auteurs de simuler leur investissement, le contrat de société sera nul et non pas inexistant⁽³⁵⁵⁾. La disparition de l'exigence d'un capital minimal pour condition d'immatriculation des SARL et EURL (C. com., art. L. 223-2, rédact. L. 2003-721 du 1^{er} août 2003) pose à cet égard une question nouvelle, qui est d'apprécier le caractère sérieux des apports ainsi libérés au regard des investissements que la nature de l'objet social paraît réclamer. Si ces apports apparaissent objectivement insignifiants, la société ne devrait pas pouvoir échapper à la nullité. Et s'il est établi que les apporteurs n'ignoraient pas le caractère dérisoire de leur participation, c'est l'inexistence qui la sanctionnera⁽³⁵⁶⁾. La mise en commun des apports, enfin, suppose une pluralité d'apporteurs : si la société se révèle unipersonnelle, en dehors des cas dans lesquels elle est autorisée à l'être, l'inexistence frappera le contrat aussi sûrement que le groupement.

Mais les apports en soi ne seraient rien s'ils n'avaient pour fonction de permettre la réalisation d'une entreprise commune. Des apports restés sans affectation ne suffiraient pas à constituer une société. Il faudrait donc constater à nouveau son inexistence si, par exemple, des fonds étaient versés sur un compte commun sans que les intéressés se soient entendus sur l'utilisation à en faire. Il est rare toutefois que l'on en reste à cette indécision, ne serait-ce que parce que l'exercice d'une activité commune est la condition de la réalisation des bénéfices, et que ceux-ci motivent souvent plus encore que la poursuite de l'objet social l'intention des apporteurs de s'associer.

Et de fait, cette volonté de participer aux résultats est un élément prééminent du contrat de société. On sait ainsi qu'en vertu de l'article 1844-1, alinéa 2, du Code civil, la clause léonine est réputée non écrite comme contraire à l'essence de la société⁽³⁵⁷⁾. Or tout porte à

contrat de société, les apports de la part de chacun des associés en vue d'une entreprise commune, fait défaut», faute de détermination suffisante.

(354) *Contra* pourtant : Com., 11 oct. 1988, *Tornero*, pourvoi n° 86-17170 ; *Bull. Joly* 1988, § 308, p. 939, note crit. P. Le Cannu, qui rejette le pourvoi au motif que l'arrêt entrepris a « *fait ressortir que la société en participation établie par la convention n'avait jamais existé faute pour [le demandeur au pourvoi] d'effectuer ses apports en nature* ». Moins que l'absence de libération des apports, c'est plus vraisemblablement le fait qu'elle manifestait l'absence d'*affectio societatis* qui justifiait l'inexistence du contrat de société.

(355) V. en ce sens Com., 18 juin 1974, *Bull.*, IV, n° 198 ; 28 juin 1976, *Bull.*, IV, n° 218 ; CA Paris, 21 sept. 2001, *Bull. Joly* 2002, § 139, p. 626, note J. Menjucq ; *Dr. sociétés* 2002, n° 78, note Th. Bonneau ; *JCP E* 2003, 30, obs. Y. Reinhard ; *RJC* 2002, 219, note M. Luby.

(356) Comp. Th. MASSART, « La société sans apport », in *Études de droit privé – Mélanges offerts à Paul Didier*, Economica, 2008, pp. 289-313, qui, prenant notamment argument de cette réforme, estime que les apports ne constitueraient plus une condition nécessaire du contrat de société.

(357) Sur cette sanction de la clause léonine, v. *supra*, n° 143, *in medio*, spéc. note 281.

penser que cette éviction de la clause affecterait l'existence même du consentement de son bénéficiaire si cet avantage avait déterminé sa volonté d'apporter à l'entreprise. Si l'on observe de surcroît que la portée de cette clause est susceptible de s'étendre pratiquement au mode de répartition applicable à l'ensemble des associés⁽³⁵⁸⁾, on admettra sans mal qu'il est au moins une probabilité pour qu'elle ait alors déterminé le consentement de tous⁽³⁵⁹⁾. Ce cas échéant, il sera établi qu'aucun des apporteurs n'aura véritablement entendu partager les chances de gains et de pertes, et le pacte léonin caractérisera avec certitude un contrat de société inexistant⁽³⁶⁰⁾. Son constat pourrait même aider à la requalification du contrat ainsi conclu⁽³⁶¹⁾.

Hors même l'hypothèse du pacte léonin, la participation aux résultats a encore pour intérêt de distinguer le contrat de société de groupements voisins. Car il est possible de mettre en commun des apports en vue de réaliser un même projet sur un pied d'égalité sans pour autant chercher à s'en partager les bénéfices. S'il est acquis que manque ce dernier élément, on conclura préférablement à l'existence d'un contrat d'association plutôt que d'un contrat de société. Plus intéressante est cependant l'hypothèse dans laquelle rien ne serait établi à ce sujet. En ce cas en effet, s'il n'est pas même assuré que les parties aient envisagé que leur activité fût susceptible d'entraîner pertes ou profits, on pourra s'interroger sur la qualification à donner à leur groupement. Or il semble bien que, en une telle hypothèse, les juges du fond sont portés à reconnaître l'existence d'une société créée de fait⁽³⁶²⁾. Ce faisant, les juges tendent nécessairement à présumer que, si les intéressés s'étaient penchés sur le problème, ils l'auraient vraisemblablement résolu dans le sens d'une répartition proportionnelle du résultat de leur activité. La solution la plus équitable est ainsi jugée aussi la plus probable. À cette extrême limite, la société créée de fait pourrait donc

(358) Des quatre hypothèses de clauses léonines envisagées à l'article 1844-1, alinéa 2, du Code civil, deux reviennent à ce qu'aucun des associés ne se soumette à la fois à une chance de gain et à un risque de perte : tous savent alors d'avance qu'ils perdront nécessairement, pour les uns, ou qu'ils gagneront forcément, pour les autres. En ce cas, la clause léonine est donc toujours à l'origine d'un pacte léonin.

(359) C'est donc contre le droit commun que l'article L. 235-1 du Code de commerce dispose que « *La nullité de la société ne peut non plus résulter de la nullité des clauses prohibées par l'article 1844-1 du code civil.* » Sauf bien sûr à distinguer cette nullité de l'inexistence, auquel cas la disposition rentrerait en conformité.

(360) S'il reste au moins un associé véritable, qui aurait accepté de s'associer en l'absence de la clause léonine, on se demandera encore s'il aurait également consenti à s'associer seul ou avec moins de partenaires que prévus. Dans le cas contraire, on lui permettra de se retirer, pour vice de son consentement : lui a bien voulu le contrat de société, mais les conditions de son adhésion lui apparaîtront différentes de celles qui l'auront déterminé à s'associer.

(361) V. ainsi Com., 12 déc. 1978, *Bull.*, IV, n° 306, qui écarte le moyen tiré de l'existence d'un pacte léonin au motif que « *sous les apparences d'un contrat de société, les parties ont conclu un contrat de prêt* ».

(362) Sous couvert de rappeler régulièrement aux conditions constitutives de tout contrat de société, la Cour de cassation approuve plus souvent qu'elle ne censure les juges du fond de régler la liquidation d'une collaboration entre concubins ou entre époux sur le fondement d'une société créée de fait, là même où toute intention des intéressés quant au mode de partage du résultat de leur activité paraît largement divinatoire. Et si l'on doit observer une tendance actuelle des hauts conseillers à exiger une caractérisation plus rigoureuse des éléments constitutifs de la société créée de fait (e.g. Com., 8 févr. 2000, pourvoi n° 97-19283 ; *Bull. Joly* 2000, p. 661, note R. Baillot ; 23 juin 2004, deux arrêts, *Bull.*, IV, n°s 134 et 135 ; D. 2004, SC, p. 2969, obs. D. Vigneau ; *RTD civ.* 2004, p. 487, obs. J. Hauser ; 1^{re} civ., 20 janv. 2010, pourvoi n° 08-13200 ; D. 2010, chr. C. cass., p. 525, par N. Auroy, et chr., p. 718, par F. Chénéde), elle témoigne au moins de ce que les juges du fond continuent pour leur part à s'en tenir à la pratique qui a toujours été la leur.

encore passer pour un contrat de société véritable⁽³⁶³⁾, s'il n'était l'incertitude de la nature proprement contractuelle de la volonté de ces associés⁽³⁶⁴⁾. De quoi, peut-être, remettre finalement en cause cette idée que l'association constituerait le droit commun des groupements.

L'hypothèse de la société créée de fait sollicite encore classiquement un dernier élément constitutif du contrat de société : l'*affectio societatis*. Définie comme l'intention de collaborer sur un pied d'égalité à la réalisation d'un projet commun⁽³⁶⁵⁾, cette autre condition d'existence de la société pose en ses termes une difficulté particulière. Selon la lecture que l'on en fait, la formule est en effet susceptible de viser un élément objectivement distinct ou un élément psychologique réduit à l'intention contractuelle, selon que l'on prête ou non une autonomie à la condition tenant en la collaboration sur un pied d'égalité. Si l'on y voit une autre expression pour désigner le principe même de toute société, l'intention de collaborer n'est rien d'autre que le consentement au contrat de société⁽³⁶⁶⁾ ; si l'on cherche au contraire à insister par là sur le caractère égalitaire de cette collaboration, on est conduit à en faire une condition constitutive au même titre que les autres⁽³⁶⁷⁾.

À l'examen pourtant, l'ambiguïté se dissipe rapidement. Sur l'expression d'abord : l'affection n'est pas précisément la même chose que le consentement. La première est un état d'esprit, le second est une déclaration : on peut déclarer une affection fictive, autant

(363) Où il apparaît qu'il serait finalement deux cas de sociétés créées de fait, selon que l'on tire du fait la volonté présumée des intéressés de partager le résultat de leur entreprise, ou que l'on se contente plus modestement d'y découvrir une volonté tacitement exprimée en ce sens. Dans le premier cas, la société créée de fait reste irréductible à aucune autre ; dans le second, elle n'est qu'une société en participation tacitement constituée.

(364) Il est somme toute discutable en effet de présumer que cette intention de participer au résultat, elle-même largement inventée, serait en outre nécessairement contractuelle. Car il est loin d'être assuré que ceux qui n'ont rien manifesté de leur volonté, et qui n'ont probablement même pas eu conscience de s'engager, auraient voulu de cette relation contractuelle. On pourrait fort bien leur appliquer le régime de la société créée de fait sans contrat, en tant que quasi-contrat. Pour cette réduction de la société créée de fait à un objet non contractuel : J. HONORAT, « Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel », *RTD civ.* 1969, pp. 653-691, n° 32, pp. 686-687 ; P. DIDIER, *Droit commercial*, t. 2, *L'entreprise en société – Les groupes de sociétés*, 3e éd., PUF, 1999, p. 513 ; R. LIBCHABER, « La société, contrat spécial », in *Prospectives du droit économique – Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, pp. 281-290, spéc. n° 1, p. 282 ; H. LÉCUYER, notes sous Com., 9 oct. 2001, *Dr. fam.* 2002, n° 55, et sous 1^{re} civ., 13 déc. 2005, *Dr. sociétés* 2005, n° 34 ; S. VACRATE, *La société créée de fait – Essai de théorisation*, th. Paris XII, 2002, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 405, 2003, p. 327 et s. ; F.-X. LUCAS, « La société dite « créée de fait », in *Aspects actuels du droit des affaires – Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, pp. 736-750, *in fine* ; F. CHÉNEDÉ, *op. cit.* (*supra*, note 121), n°s 369 et 370, pp. 345-348. Et sur cette requalification du contrat fictif en quasi-contrat, v. plus gén. *supra*, n° 127, *in fine*.

(365) Définition doctrinale autant que jurisprudentielle : v. par ex. Com., 23 juin 2004, *Bull.*, IV, n° 134, préc. (*supra*, note 362).

(366) Limitant ainsi l'*affectio societatis* à l'intention contractuelle, v. not. M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 22^e éd., Litec, 2009, n° 138, p. 66 ; N. REBOUL, « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* », *Rev. sociétés* 2000, p. 425 et s., n° 2, p. 427 ; P. SERLOOTEN, « L'*affectio societatis*, une notion à revisiter », in *Aspects actuels du droit des affaires – Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, pp. 1007-1017, spéc. p. 1012.

(367) Pour la conception autonomiste de l'*affectio societatis*, dominante en jurisprudence, v. par ex. Com., 23 juin 2004, préc. (*supra*, note 362) : « L'existence d'une société créée de fait entre concubins, qui exige la réunion des éléments caractérisant tout contrat de société, nécessite l'existence d'apports, l'intention de collaborer sur un pied d'égalité à la réalisation d'un projet commun et l'intention de participer aux bénéfices ou aux économies ainsi qu'aux pertes éventuelles pouvant en résulter ».

que l'on peut taire une affection véritable. L'intérêt de cette condition est donc, autant que les précédentes, de vérifier la réalité du consentement exprimé au moyen d'un ultime critère. Sur sa définition ensuite : on ne peut pas se contenter d'observer que l'on y trouve mention d'une intention de collaborer pour la réduire à ce seul élément psychologique abstraction faite de son élément matériel. Car il faudrait logiquement procéder de même pour l'intention de participer au résultat de l'entreprise : on pourrait tout aussi bien estimer, puisque cette participation est elle aussi de l'essence de la société, qu'y consentir reviendrait tout autant à consentir à ce contrat. Or, on distingue bien en ce cas l'intention de participer de la participation elle-même, de sorte que l'on est naturellement conduit à raisonner de même pour l'intention de collaborer constitutive de l'*affectio societatis*. Ce que montre cette discussion, simplement, c'est que l'essence du contrat de société comme de tout autre réside toujours dans l'intention des parties : ce qui importe pour juger de l'existence d'un contrat, c'est de savoir si celles-ci ont voulu ou non tous ses éléments constitutifs. Cela est vrai des apports comme de la participation au résultat, et cela est vrai encore de la collaboration sur un pied d'égalité.

Ainsi défini, il demeure cependant que l'on peut encore s'interroger sur la pertinence de cette autre condition, considérant que l'article 1832, qui recense les éléments constitutifs du contrat de société, ne mentionne pas celui-là. Or, sur ce point, la consultation de la jurisprudence laisse clairement voir tout l'intérêt de la notion. Au constat de l'absence d'*affectio societatis*, les juges s'arrêtent parfois pour relever ainsi l'inexistence du contrat de société⁽³⁶⁸⁾. Et en d'autres occasions, ils poursuivent leur raisonnement jusqu'à conférer à l'accord des parties une autre qualification⁽³⁶⁹⁾.

(368) Pour le constat de l'inexistence du contrat de société faute d'*affectio societatis*, v. 3^e civ., 22 juin 1976, préc. (*supra*, note 353), où les juges du fond relevèrent que l'un des associés « n'avait jamais figuré comme porteur de parts », tandis que les autres « ont reconnu ne pas avoir eu à l'origine l'*affectio societatis* nécessaire à la constitution d'une société ; que par suite, la SARL [...] se révélait, comme n'ayant jamais eu d'existence ». V. égal. Com., 19 déc. 1983, *Méglio*, *Bull. Joly* 1984, § 105-I, p. 295 ; *RTD com.* 1984, p. 477, obs. E. Alfandari et M. Jeantin, implicitement ; et 8 mars 1994, *JCP E* 1994, I, 363, n° 1, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain ; *Dr. sociétés* 1994, n° 109, note Th. Bonneau, qui constate l'inexistence d'une société créée de fait pour la même cause. Et au fond : CA Paris, 26 févr. 1981, *Gaz. Pal.* 1981, II, p. 668 : « Considérant qu'à défaut de l'un de ses éléments, la société, qui peut, certes avoir les apparences d'une société véritable, n'est que fictive et, partant, inexistante. » ; 21 mars 1989, préc. (*supra*, note 353) : « la revendication par un associé d'une part des bénéfices supérieure à celles qui est admise par l'autre associé exclut tout accord véritable entre eux », si bien que « de l'ensemble de ces circonstances il résulte que les éléments constitutifs d'une société valable ne sont pas réunis en l'espèce ; que la société prétendue n'existe pas » ; 16 nov. 1993, *Bull. Joly* 1994, § 12, p. 73, note P. Diener, qui accueille l'action en déclaration de simulation au motif que « la fictivité d'une société n'entraîne pas sa nullité » ; CA Besançon, 18 mai 1994, *BICC* 1994, n° 925 ; *Rev. sociétés* 1995, p. 112, note Y. Guyon.

Pour quelle raison, dans ces conditions, la Cour de cassation a-t-elle donc estimé utile d'affirmer pour principe « qu'une société fictive est une société nulle et non inexistante » (Com., 16 juin 1992, *Lumale*, *Bull.*, IV, n° 243 ; *D.* 1993, p. 508, note L. Collet ; *Dr. sociétés* 1992, n° 178, note Th. Bonneau ; *Bull. Joly* 1992, § 274, p. 875, « Inexistence ou nullité des sociétés fictives », par P. Le Cannu, et § 313, p. 960, note P. Le Cannu ; et encore 22 juin 1999, *Soc. Kreditanstalt*, *Bull.*, IV, n° 136 ; *Dr. sociétés* 1999, n° 143, note Th. Bonneau ; *Bull. Joly* 1999, § 229, p. 978, note A. Couret ; *Rev. sociétés* 1999, p. 824, note A. Constantin ; *RTD com.* 1999, p. 903, obs. Y. Reinhard ; *Defrénois* 1999, p. 1195, obs. H. Hovasse ; *JCP* 2000, II, 10226, note J. Menjucq ; *D.* 2000, SC, p. 234, obs. J.-C. Hallouin, et p. 389, note S. Piedelièvre) ? Pour se conformer à la lettre drastique de la directive européenne du 9 mars 1968 (68/151/CEE), et à son article 11 qui dispose en son dernier alinéa que « les sociétés ne sont soumises à aucune cause d'inexistence » ? Aucunement, puisqu'en sanctionnant ces sociétés fictives de nullité, la Cour de cassation méconnaîtrait tout autant la norme communautaire, qui ne prévoit pas (*suite p. suiv.*)

391. L'indivision conventionnelle – Le Code civil dispose deux fois que les indivisaires, ou ceux qui ont des droits à exercer sur des biens indivis, peuvent passer des conventions relatives à l'exercice de ces droits (C. civ., art. 815-1 et 1873-1). La figure, introduite dans le Code par la loi n° 76-1286 du 31 décembre 1976, paraît concerner pour l'essentiel l'aménagement conventionnel d'une indivision légale, ce qui vise en particulier celle qui se formerait inévitablement à l'occasion d'une acquisition conjointe ou par le mélange volontaire de deux biens. Mais on peut également imaginer que l'indivision soit purement conventionnelle, dans le cas où un propriétaire déciderait d'associer des tiers à la propriété jusqu'alors exclusive de l'un ou plusieurs de ses biens⁽³⁷⁰⁾. Il n'est qu'en cette hypothèse que la convention, par laquelle le propriétaire constituera et distribuera les quotes-parts de l'indivision, sera absolument nécessaire : dans toutes les autres, l'indivision naîtra par le seul effet de la loi. Quelle que soit l'origine de l'indivision, cet aménagement conventionnel, lorsqu'il est permis, a notamment pour intérêt de dresser un obstacle temporaire au droit que l'article 815 du Code civil reconnaît à tout indivisaire de provoquer le partage en tout temps. Selon l'article 1873-3 en effet, la convention d'indivision peut contraindre les coindivisaires à y demeurer pendant une durée maximale de cinq années, éventuellement renouvelable par tacite reconduction.

L'indivision ainsi constituée se comprend comme un « *concours de plusieurs droits de même nature sur un même objet, sans qu'il y ait division matérielle des parts* »⁽³⁷¹⁾. Cet objet est un bien ou un ensemble de biens, et ces droits sont réels. Il s'évince de la sorte « *trois éléments*

de nullité pour fictivité de la société et qui dispose en son entier que « *En dehors de ces cas de nullité, les sociétés ne sont soumises à aucune cause d'inexistence, de nullité absolue, de nullité relative ou d'annulabilité.* » Surtout, la Cour de cassation s'est, dans le premier cas au moins, prononcée hors du domaine de la directive, qui ne concerne que les sociétés commerciales à responsabilité limitée. Examinons donc chacune de ces deux espèces. Dans la première, il était question de faire application de l'article 1844-16 du Code civil afin de ne pas opposer le caractère fictif de la société à l'Administration fiscale, tiers de bonne foi qui l'avait légitimement ignoré. Dans la seconde, il s'agissait de mobiliser l'article 1844-15 en vue de mettre obstacle à la rétroactivité de l'anéantissement provoqué par cette fictivité. À chaque fois donc, la qualification sert à l'application d'un régime que l'on estime exclusivement attaché à la nullité, dans la croyance toujours vivace que la notion d'inexistence aurait nécessairement pour objet de faire exception à toutes les règles. Or, ici comme ailleurs, l'inexistence a vocation à se soumettre au régime des nullités : à leurs effets, à leur opposabilité, et à leur délai de prescription. Symptomatique à cet égard, cet arrêt de la Cour d'appel de Paris qui développe le raisonnement engagé quelques mois plus tôt par la Cour de cassation en déduisant de l'éviction de l'inexistence que l'action se prescrit par trois ans et que le délai ne commence à courir que du jour où l'action était possible, comme s'il en eût été autrement si l'on avait reconnu l'inexistence de la société : CA Paris, 1^{er} déc. 1992, *Dr. sociétés* 1993, n° 48, note Th. Bonneau ; *Rev. sociétés* 1993, p. 132, note Y. Guyon ; *Bull. Joly* 1993, p. 323, note B. Saintourens.

(369) Notamment celle de contrat de travail : Soc., 25 oct. 2005, *Bull.*, V, n° 300 ; *Dr. social* 2006, p. 94, obs. J. Savatier ; *D.* 2006, pan., p. 410, obs. E. Peskine. Et pour l'exclusion de la qualification de société au profit de celle de contrat de prêt, v. Com., 12 oct. 1993, *Bull.*, IV, n° 330 ; *Bull. Joly* 1993, § 381, p. 1265, note M. Jeantin ; *Rev. sociétés* 1994, p. 283, note F. Bénac-Schmidt, les juges du fond ayant notamment relevé que le « *comportement révélait qu'il s'était conduit, non pas comme un associé intéressé au bon déroulement et à la réussite des opérations immobilières projetées, mais uniquement comme un prêteur soucieux de rentrer dans ses fonds* » ; ou encore 1^{re} civ., 20 janv. 2010, préc. (*supra*, note 362). Sur cette même hypothèse, v. égal. F. TERRÉ, *op. cit.* (*supra*, note 100), n°s 294 à 300, pp. 271-275, qui insiste sur l'*affectio societatis* comme critère distinctif de ces deux contrats.

(370) Au sens strict, l'indivision qui ne porte que sur un seul bien est qualifiée de copropriété.

(371) P. CATALA, « L'indivision », *Defrénois* 1979, art. 31874, n° 1, pp. 4-5, d'après J. FOYER, rapp. AN, n° 1604, n° 3.

caractéristiques de la situation : pluralité de sujet ; identité du droit exercé ; unité de l'objet du droit »⁽³⁷²⁾. Ces conditions s'expliquent assez bien : si le sujet était unique, son droit lui resterait entièrement, sans division ; si les droits n'étaient pas les mêmes, la propriété serait éventuellement démembrée, mais non pas, là encore, divisée ; et si les droits ne s'exerçaient pas sur le même objet, l'opération s'analyserait comme une cession de l'un de ces biens et non comme une indivision. À chaque fois donc, cette dernière resterait inexistante.

On assimile traditionnellement la copropriété des immeubles bâtis à une forme de propriété indivise qui porterait sur l'ensemble du lot de copropriété, en ce compris ses parties privatives⁽³⁷³⁾, ou à tout le moins sur ses parties communes⁽³⁷⁴⁾. La lecture de certaines décisions laisse pourtant voir que la jurisprudence est moins assurée, qui rejette parfois l'existence d'une indivision au profit d'une propriété individuelle conférée à la personne du syndicat des copropriétaires⁽³⁷⁵⁾. Si cette pente devait être suivie, la copropriété immobilière ne figurerait plus qu'une indivision inexistante. Mais la loi est trop explicite pour faire sérieusement douter, pour l'heure, de l'existence de cette indivision. Au-delà même d'ailleurs de ces dispositions, la notion de copropriété implique nécessairement, de toute façon, celle d'indivision : la propriété exclusive d'une personne morale n'est plus une copropriété⁽³⁷⁶⁾. Le règlement de copropriété incarne ainsi cette convention d'indivision, destiné à organiser son fonctionnement, à répartir les charges et à déterminer les conditions de jouissance du bien, et réclamant pour cette raison le consentement unanime des copropriétaires. À nouveau cependant, la personnalité morale du syndicat s'invite dans l'analyse : chaque fois que l'établissement ou la modification du règlement convenu peut se faire contre la volonté de certains copropriétaires⁽³⁷⁷⁾, la qualification d'acte unilatéral collectif, exprimant la volonté du groupement, semble prendre le pas sur celle de convention, qui consignerait les volitions respectives de chacun de ses membres⁽³⁷⁸⁾. À cet

(372) *Ibid.*

(373) V. ainsi F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil – Les biens*, 7^e éd., Dalloz, 2006, n^{os} 628 et 638, pp. 481 et 491 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil – Les biens*, 3^e éd., Defrénois, 2007, n^o 717, p. 221. Comp. Ch. ATIAS, *La copropriété des immeubles bâtis*, Sirey, 1989, n^{os} 1 à 3, pp. 1-5 ; et *Defrénois* 2010, art. 39065, « Une nouvelle définition de la copropriété immobilière ».

(374) En ce sens : F. BAYARD-JAMMES, *La nature juridique du droit du copropriétaire immobilier*, th. Toulouse, 2002, n^{os} 70 à 73, pp. 85-89, et n^o 166, p. 184. Comp. ainsi les articles 2 et 4 de la loi n^o 65-557 du 10 juillet 1965 : « *Les parties privatives sont la propriété exclusive de chaque copropriétaire* », puis « *Les parties communes sont l'objet d'une propriété indivise* ». Quoique la loi n'exclue pas ce disant l'existence d'une autre indivision, constituée sur l'ensemble de la copropriété, ainsi que paraît l'envisager son article 1^{er} : « *La présente loi régit tout immeuble bâti ou groupe d'immeubles bâtis dont la propriété est répartie, entre plusieurs personnes, par lots comprenant chacun une partie privative et une quote-part de parties communes.* »

(375) V. not. 3^e civ., 11 mai 2000, *Bull.*, III, n^o 106 (*AJDI* ; *D.* 2001, SC, p. 3581, obs. Ch. Atias), qui qualifie « le syndicat des copropriétaires [de] propriétaire actuel des biens ».

(376) V. en ce sens F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *op. cit.* (*supra*, note 373), n^o 656, p. 507 : « *L'appropriation de l'immeuble par une personne morale [...] serait exclusive de la qualification de copropriété* ».

(377) Ce qui vise en particulier toutes les règles de jouissance, d'usage et d'administration des parties communes : L. 10 juill. 1965, art. 26, b.

(378) Sur la question de l'inexistence appliquée aux clauses du règlement de copropriété, v. *supra*, n^o 6, spéc. note 142.

endroit, l'inexistence pourrait ainsi porter une ombre nouvelle sur la convention d'indivision.

392. Le contrat de mariage – Le contrat de mariage peut s'analyser comme une espèce, très particulière, de convention d'indivision⁽³⁷⁹⁾. Son objet consiste essentiellement à délimiter l'étendue et à aménager l'organisation de cette universalité que constitue la communauté de biens formée par le mariage, et subsidiairement à consigner d'autres conventions matrimoniales telles des libéralités *propter nuptias*, une reconnaissance de dette ou une reconnaissance d'enfant naturel.

S'il n'est guère douteux que la forme notariée et la présence des futurs époux à laquelle l'article 1394 du Code civil soumet le contrat de mariage sont requises pour conditions de sa validité et non de son existence⁽³⁸⁰⁾, la double condition posée à l'article suivant mérite en revanche un plus ample examen. La condition d'antériorité de ce contrat sur le mariage se manifeste d'abord, elle aussi, comme une condition de validité, de telle sorte que les libéralités consenties à cette occasion souffriraient la même nullité absolue si le contrat de mariage devait être passé après que la cérémonie eut lieu. Sous une réserve toutefois : s'il apparaît que la convention notariée ne concerne la communauté des époux que pour les donations que ceux-ci s'y consentent, on penchera pour une requalification de l'acte en libéralité, éventuellement mutuelle, plutôt que pour celle de contrat de mariage. Ce dernier s'avérerait alors inexistant sous cette qualification, mais pour valider la convention des parties.

Quant à la condition de célébration ultérieure sous laquelle est conclu le contrat de mariage, elle a toujours été comprise historiquement comme une condition suspensive⁽³⁸¹⁾, ce qui en ferait, à l'admettre, une condition d'existence⁽³⁸²⁾. La doctrine réfute majoritairement aujourd'hui cette analyse, préférant voir dans la célébration la cause du contrat de mariage plutôt que sa condition, au double motif que l'événement s'impose ici aux parties, ce qui contredirait l'hypothèse d'une simple modalité, et que son occurrence ne rétroagit pas au jour du contrat de mariage, en opposition cette fois avec la rétroactivité naturelle de la condition⁽³⁸³⁾. Pourtant, si ces arguments suffisent à faire douter en effet de la qualification de condition suspensive, ils ne convainquent pas entièrement de celle de

(379) Si particulière cependant que l'on oppose volontiers, parfois, la communauté conjugale, d'origine coutumière, à l'indivision, d'origine romaine. Sur le détail de ces différences, v. R. LIBCHABER, « Les incertitudes de la notion de communauté », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, pp. 583-598.

(380) Si la Cour de cassation a déjà pu juger que l'absence d'un des futurs époux « enlève au prétendu contrat de mariage son existence légale » (Req., 6 avril 1858, DP 1858, I, p. 224 ; S. 1859, I, p. 17 ; ou encore Civ., 6 nov. 1895, S. 1896, I, p. 5 ; DP 1897, I, p. 25), il ne faut pas y entendre autre chose qu'une référence synonymique à la nullité de ce contrat. Sur l'habitude prise d'employer l'expression d'inexistence légale pour viser la nullité absolue, v. déjà *supra*, n° 2, spéc. note 18.

(381) PAUL écrivait déjà que la dot était réputée convenue *si nuptiae sequantur* (Dig., XXIII, III, 17, 1).

(382) V. *supra*, n° 332.

(383) V. not. F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Droit civil – Les régimes matrimoniaux*, 5^e éd., Dalloz, 2008, n° 215, p. 155 ; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les régimes matrimoniaux*, 3^e éd., Defrénois, 2008, n° 214, p. 94.

cause du contrat. Pour que le mariage constitue la cause du contrat qui le précède, il faudrait que les futurs époux décident d'aménager leur régime matrimonial pour cette seule raison qu'ils se marient. Or, la cause de ce contrat est toujours ailleurs, qu'il s'agisse pour eux de soustraire les biens de l'un des conjoints au risque de faillite liée à l'activité professionnelle de l'autre, ou pour les parents donateurs d'aider à l'installation de leurs enfants. Le mariage n'est proprement qu'une condition de cet engagement : on organise le régime matrimonial et l'on consent une donation *pour le cas où* les intéressés se marieront, ainsi qu'il est prévu. Il est bien entendu, le plus souvent au moins, qu'ils s'épouseront, mais on ne peut pas strictement y voir non plus un terme suspensif, la liberté qui doit rester à la décision de se marier s'opposant à ce que le consentement matrimonial puisse être considéré comme étant tout à fait certain. Condition du contrat de mariage, mais n'affectant pas son existence, cette modalité particulière paraît devoir s'analyser comme une condition suspensive d'exécution du contrat⁽³⁸⁴⁾. Ce dernier ne se forme pas sous la condition que les intéressés se marient, pas plus que cet événement ne lui fournit en soi une raison : on conclut définitivement un contrat qui ne pourra produire son effet que si le mariage s'ensuit. Le contrat de mariage existe donc inconditionnellement dès avant la célébration, seul son effet étant suspendu. Si le mariage attendu n'intervient pas, alors le contrat disparaîtra par caducité, pour objet devenu impossible⁽³⁸⁵⁾. De sorte que ce sont les conditions d'existence du mariage lui-même qu'il importera finalement de vérifier, et, à travers lui, celles de la convention fondant une communauté de vie.

2. La fondation d'une communauté de vie

393. Le mariage – Que l'on adhère ou non à l'analyse contractualiste du mariage⁽³⁸⁶⁾, il demeure que l'union matrimoniale réclame à sa source un accord mutuel des époux et que c'est toujours à ce titre qu'il nourrit la réflexion de ceux qui s'interrogent sur le contrat. La théorie de l'inexistence a de toute façon historiquement trop affaire avec l'hypothèse du mariage pour laisser ce dernier sans examen⁽³⁸⁷⁾.

Le mariage peut-être plus qu'aucune autre institution donne à voir que les définitions ne sont ni immuables ni universelles. S'il faut lui découvrir une lointaine origine dans un acte

(384) L'absence de rétroactivité de l'événement empêche en effet d'y voir une condition suspensive de l'existence autant que de la validité de l'acte (sur cette dernière hypothèse, v. *supra*, n° 336, spéc. note 29). Le droit des contrats offre du reste d'autres cas de condition suspensive d'exécution : l'obligation de garantie, ou de couverture, est elle-même convenue sous une condition suspensive d'exécution, ou de règlement, tenant dans la réalisation du risque couvert (sur cette analyse, v. V. MAZEAUD, *L'obligation de couverture*, th. Paris I, 2009), une telle condition affectant même, à la réflexion, toute espèce de contrat aléatoire. Plus largement encore, toute condition suspendant l'effet d'un contrat à exécution successive semble devoir s'analyser, faute là encore de rétroactivité, comme une condition suspensive d'exécution. Sur cette figure, v. P.-A. BON, « La condition portant sur l'exécution d'une obligation », *PA* 26 juin 2007.

(385) Rappr. C. civ., art. 1088, prévoyant la caducité de la donation faite en faveur du mariage si celui-ci ne s'ensuit pas.

(386) Pour sa réfutation, v. *supra*, n° 128, *in medio*, spéc. note 180.

(387) Sur ce lien, v. *supra*, n°s 3 et 4.

d'appropriation de la femme par l'homme et d'opposabilité au groupe de cette possession, le progrès de la chrétienté fut en ce cas de fonder l'union sur le consentement réciproque des époux, et de la rendre indissoluble et monogame, contraignant ainsi l'homme par son choix afin de permettre la constitution d'une cellule familiale propice au développement des enfants appelés à la composer⁽³⁸⁸⁾. En sorte que, à son heure la plus faste, le mariage put se comprendre comme l'union personnelle d'un homme et d'une femme tenus jusqu'à la mort de partager leur vie dans le but de fonder une famille et d'élever ensemble les enfants qui en naîtront⁽³⁸⁹⁾.

Depuis lors cependant, le mariage n'a cessé de voir sa portée diminuer. La disparition de l'empêchement d'impuissance d'abord⁽³⁹⁰⁾, la réception définitive de la dissolution par voie de divorce ensuite⁽³⁹¹⁾, et l'admission successive des mariages *in extremis* puis posthume enfin⁽³⁹²⁾, ont fini par dissoudre sa conception traditionnelle. Si bien que le mariage ne peut plus guère se définir aujourd'hui que comme l'union personnelle et plénière d'un homme et d'une femme par l'autorité publique et sous le régime de la loi. Si l'on s'entend néanmoins pour cantonner les mariages *in extremis* et posthume à des anomalies juridiques,

(388) Au vrai, cette conception du mariage fut à bien des égards romaine avant que d'être chrétienne. V. par ex. CALLISTRATUS, in Dig., L. XVI, 220, § 3, pour qui le mariage doit être contracté *liberiorum procreandorum causa*. Mais c'est par la religion qu'elle s'imposera à nouveau lorsque, le droit romain oublié, les coutumes germaniques lui auront substitué un mariage plus autoritaire. Sur cette période, v. not. Ch. LEFEBVRE, *Cours de doctorat sur l'histoire du droit matrimonial français – Introduction générale*, L. Larose et L. Tenin, 1906, p. 261 et s. ; P. PETOT, *Le mariage et ses effets civils*, DES Histoire du droit privé, Les Cours de droit, Paris, 1953-1954, p. 170 et s., et *Histoire du droit privé français – La famille*, Loysel, 1992, pp. 141-200 ; J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, Le Cerf, 1987, p. 96 ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996, nos 86 à 93, pp. 121-131.

(389) C'est cette conception historique du mariage que campe encore la célèbre définition qu'en donne PORTALIS à la fin du XVIII^e siècle : « *Qu'est-ce donc que le mariage en lui-même, et indépendamment de toutes les lois civiles et religieuses ? C'est la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce ; pour s'aider, par des secours mutuels, à porter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée.* » (exposé des motifs, Corps lég., 16 vent. an XI, in P. A. Fenet, *op. cit.* (*supra*, note 21), t. IX, p. 140, et J.-G. Locré, *op. cit.* (*supra*, *ibid.*), t. IV, p. 481). En même sens toujours, un siècle plus tard, v. Th. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, F. Pichon, t. II, 1892, n° 2, p. 9 : « *Le mariage est une société perpétuelle légalement formée entre deux personnes de sexe différent dans le but de créer une famille légitime.* »

(390) D'abord condition d'existence même du mariage, la *copula carnalis*, ou son impossibilité, devint un empêchement dirimant du mariage canonique dès le XII^e siècle et le restera jusqu'à aujourd'hui (CIC, can. 1084, § 1). En droit civil en revanche, si POTHIER la mentionne encore comme empêchement au mariage (*Traité du contrat de mariage*, J. Debure, Paris, 1771, nos 96 à 98, in *Œuvres de Pothier*, par J. Bugnet, t. VI, Paris, 1846, pp. 40-41 : « *comme la procréation des enfants, à laquelle on ne peut parvenir sans cette union des corps, est la fin principale du mariage, il faut, pour être capable de mariage, avoir au moins le pouvoir de parvenir à cette union des corps.* »), elle ne figure plus dans le Code civil, en sorte que l'on en a déduit son abolition. V. ainsi Civ., 6 avril 1903, S. 1904, I, p. 273, note A. Wahl ; DP 1904, I, p. 395, concl. M. Baudouin. Sur la question, v. G. RAYMOND, *Le consentement au mariage*, th. Poitiers, 1959, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 62, 1965, pp. 122-125.

(391) Depuis la loi du 27 juillet 1884, cette réception n'a d'ailleurs fait que s'étendre, au point que les conditions du divorce ne sont plus guère aujourd'hui que formelles : une volonté unilatérale et discrétionnaire suffit désormais (C. civ., art. 238 et 246, rédact. L. 2004-439 du 26 mai 2004, d'où il résulte que l'allégation d'un grief, même factice, ouvre droit à l'époux d'obtenir un divorce « *pour altération définitive du lien conjugal* » sans condition de séparation), même si le passage devant le juge, même simplifié, a échappé, pour cette fois, au mouvement de libéralisation.

(392) La validité des mariages *in extremis* résulte du silence du Code, tel qu'interprété par la jurisprudence : Aix-en-Provence, 18 août 1870, DP 1871, II, p. 249 ; S. 1872, II, p. 269 ; 1^{re} civ., 22 janv. 1968, JCP 1968, II, 15442, obs. R. L. Celle des mariages posthumes procède d'une loi n° 51-1583 du 31 décembre 1959 (C. civ., art. 171), qui les soumet toutefois à l'autorisation du Président de la République.

exorbitantes du droit commun, on s'autorisera à ajouter à cette définition que les époux s'engagent tout de même à partager une vie commune et à se devoir mutuellement fidélité, secours et assistance⁽³⁹³⁾. En toute hypothèse, la fin procréatrice du mariage a fini par se perdre tout à fait⁽³⁹⁴⁾, au point que l'exigence de différence de sexe qui lui était nécessaire en vienne à être désormais contestée. Ce qui est piquant d'observer seulement, c'est qu'il est manifeste que cette prétention nouvelle vise aussi, une fois écartée la conception historique problématique, à la rappeler au soutien d'une revendication future à jouir des mêmes droits que tout autre couple marié à l'adoption et à l'assistance médicale à la procréation. Et l'on voit mal alors, une fois levé l'obstacle institutionnel, que l'on puisse s'y refuser, sous peine de réintroduire une distinction au sein même de l'union matrimoniale selon que celle-ci aura été formée entre deux personnes de même sexe ou de sexe différent. D'aucuns estimeront que le mariage se sera finalement réduit à l'essentiel, d'autres que l'essentiel n'aura cessé de se réduire...

Reste pour l'heure que, même diminuée, l'essence du mariage se compose encore d'un certain nombre d'éléments : il n'existe que si l'on y trouve le consentement, de deux

(393) Pour cette acception moderne du mariage, v. par ex. Ch. AUBRY et Ch. RAU, *op. cit.* (*supra*, note 10), t. V, 1872, § 450, p. 5 : « *Le mariage, d'après le Droit français, est l'union de deux personnes de sexe différents, contractée avec certaines solennités.* » (et déjà 1^{re} éd., t. III, 1842, § 450, p. 210) ; A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.* (*supra*, note 21), t. I, 1934, n° 99, p. 114 : « *Le mariage est le contrat civil et solennel par lequel l'homme et la femme s'unissent en vue de vivre en commun et de se prêter mutuellement assistance et secours sous la direction du mari, chef de ménage.* » ; L. JOSSERAND, *op. cit.* (*supra*, note 42), n° 691, p. 395, qui y voit « *l'union de l'homme et de la femme, contractée solennellement et en conformité de la loi civile.* » ; L. CANGARDEL, *Le consentement des époux au mariage en droit civil français et en droit canonique modernes*, th. Toulouse, 1934, in limine : « *Le mariage – si l'on adopte sa définition juridique la plus courte et la plus juste – est l'état de deux personnes de sexe différents dont l'union a été consacrée par la loi* » ; A. ROUAST, in *Traité pratique de droit civil français*, dir. G. Ripert, 2^e éd., LGDJ, t. II, La famille, t. II, 1952, n° 70, p. 59, qui le définit comme « *l'acte juridique par lequel l'homme et la femme établissent entre eux une union que la loi sanctionne et qu'ils ne peuvent rompre à leur gré.* » ; F. TERRÉ et D. FENOUILLET, *Droit civil – Les personnes. La famille. Les incapacités*, 7^e éd., Dalloz, 2005, n° 326, pp. 301-302 : « *le mariage est un acte juridique solennel par lequel un homme et une femme établissent entre eux une union dont la loi civile règle impérativement les conditions, les effets et la dissolution.* » Adde prop. loi Ch. Boutin, 29 avril 2004, n° 1575, qui appelle à introduire cet article 143 dans le Code civil : « *Le mariage est l'union librement consentie d'un homme et d'une femme, reposant sur un engagement public et solennel pris devant la société. La famille fondée sur le mariage est placée sous la protection particulière de la loi. – Le mariage est une institution. Il inscrit le couple dans l'alliance et la parenté et donne à l'enfant une filiation indivisible. Cette nature particulière du mariage fonde l'existence de règles régissant impérativement ses conditions, ses effets et sa dissolution.* » Comp. A. SÉRIAUX, « Une définition civile du mariage (prière d'insérer) », D. 2005, pp. 1966-1969, spéc. p. 1967 : « *Le mariage est une union de droit entre un homme et une femme, en vue d'établir entre eux une communauté de toute la vie.* »

Quoique contemporaine, cette acception du mariage était aussi romaine. V. ainsi Inst. Justinien, I, IX, 1, qui se borne à définir le *matrimonium* comme « *l'union de l'homme et de la femme qui se promettent de vivre ensemble* ». C'est à cette définition que se référera en 1140 le Décret de Gratien (C. 27, quest. 2) et avec lui tout le droit canonique jusqu'à l'adoption du nouveau Code en 1983.

(394) En sorte que la Cour européenne des droits de l'Homme a pu reconnaître le droit au mariage des transsexuels après changement de sexe : CEDH, 11 juill. 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, req. n° 28957/95 (RTD civ. 2002, p. 782, obs. J. Hauser ; RDSS 2003, p. 137, obs. Monéger ; D. 2003, SC, p. 525, obs. Birsan ; Defrénois 2003, p. 1077, obs. J. Massip). Comp. cep. B. DE BOYSSON, *Mariage et conjugalité – Essai sur la singularité matrimoniale*, th. Lyon III, 2010, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 534, 2012, n° 729, p. 414, qui intègre cette fin procréatrice, mais comme simple perspective : « *le mariage est en droit civil français un « acte-condition civil et solennel par lequel l'homme et la femme se placent dans une situation juridique durable afin d'organiser leur vie commune et de préparer la création d'une famille.* »

personnes physiques, de sexes différents, déclaré devant l'autorité publique, en vue de constituer une union personnelle et plénière, les engageant à une communauté de vie⁽³⁹⁵⁾.

Le consentement des époux forme le mariage comme celui des parties forme le contrat, de telle sorte que, comme pour toute convention, l'absence de consentement de l'un ou de l'autre oblige à constater l'inexistence de l'union⁽³⁹⁶⁾. C'est ce qu'exprime dans les termes les plus clairs l'article 146 du Code civil : « *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement.* »⁽³⁹⁷⁾ Le fait de devoir se déclarer de surcroît devant l'officier de l'état civil renvoie à une condition de forme plutôt que de fond⁽³⁹⁸⁾.

Ce consentement est celui de deux personnes physiques, pour autant que cela dût être précisé, et de sexe différent, puisque cela doit dorénavant l'être. Si cette dernière condition

(395) Le premier projet de révision du Code civil élaboré en 1911 par la sous-commission de révision intégrait, sur l'inspiration de Paul PIEDELIÈVRE et Albert WAHL, les trois éléments que sont le consentement, la différence de sexe et la célébration de l'officier public comme conditions d'existence du mariage : « *Il n'y a pas de mariage, lorsqu'il n'y a point de consentement, que les personnes mariées sont du même sexe ou que la célébration n'a pas eu lieu devant un officier de l'état civil.* » (Bull. Soc. études lég. 1911, p. 352). Ces trois éléments sont les plus souvent cités. V. ainsi Ch. AUBRY et Ch. RAU, *loc. cit.* (*supra*, note 393) ; V. MARCADÉ, *op. cit.* (*supra*, note 21), t. I, 1852, n° 620, p. 456, et n° 624, p. 460 : « *Ainsi, l'union que contractent deux personnes ne constitue point un mariage, lorsqu'il lui manque une de ces trois conditions : différence de sexe chez les parties ; consentement naturel et légal de ces parties ; célébration devant un officier de l'état civil. L'absence de toute autre condition, quelle qu'elle soit, laisse subsister le mariage, et peut seulement l'entacher de nullité.* » ; Th. HUC, *op. cit.* (*supra*, note 389), n°s 12 à 20, pp. 22-30, et n° 21, p. 31 : « *Ainsi donc, et pour résumer toute la théorie qui précède, il faut pour qu'un mariage existe la réunion de ces trois éléments essentiels : 1° différence de sexe ; 2° consentement au mariage ; 3° union devant l'officier de l'état civil. — L'absence d'un seul de ces éléments empêche le mariage d'exister.* » ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et M. HOUQUES-FOURCADE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, dir. G. Baudry-Lacantinerie, 3^e éd., L. Larose et L. Tenin, *Des personnes*, t. III, 1908, n° 1681, pp. 303-304, et n° 1690 et s., pp. 314-318. Ce sont aussi ceux que retiennent les auteurs allemands pour sanctionner le mariage d'inexistence (*Nichtehe*) plutôt que de nullité (*Nichtigkeit*) : v. A. RIEG, in *Introduction au droit allemand*, t. III, *Droit privé*, dir. M. Fromont et A. Rieg, Cujas, 1991, p. 208. Rapp. J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *La famille – Fondation et vie de la famille*, 2^e éd., LGDJ, 1993, n°s 311 à 318, pp. 143-148, qui distinguent pour causes propres d'inexistence du mariage l'identité de sexe et le défaut de célébration.

(396) V. par ex. K. S. ZACHARIÄ, *Handbuch des französischen Civilrechts*, 5^e éd., par A. Anschütz, E. Mohr, Heidelberg, 1853, trad. G. Massé et Ch. Vergé, *Le Droit civil français par K.-S. Zachariae*, A. Durand, t. I, 1854, § 110, p. 169 : « *Si donc un acte de mariage porte que deux personnes ont contracté mariage, bien qu'il y ait absence de consentement de la part de l'une d'elles, dans le cas, par exemple, où il y a substitution de personne, le mariage doit être considéré comme non existant.* », nonobstant le commentaire confondant des traducteurs, qui renvoie à une erreur sur la personne ; Ch. AUBRY et Ch. RAU, *op. cit.* (*supra*, note 393), § 451 bis, 1^o, p. 9 : « *Il est essentiel à l'existence du mariage que les contractants, c'est-à-dire les parties dénommées dans l'acte de célébration, aient respectivement consenti à se prendre pour mari et femme.* Art. 146. » ; puis note 2, p. 10 : « *Il est évident qu'il ne saurait dans ce cas être question d'une action en nullité, et que l'on doit procéder, par voie d'inscription de faux, contre l'acte de célébration. Le faux une fois reconnu, la non-existence du mariage en sera la conséquence nécessaire.* » ; V. MARCADÉ, *op. cit.* (*supra*, note préc.), n° 620, pp. 456-457 : « *Le mariage est un contrat ; or, un contrat se constitue précisément par l'accord des volontés, par le vouloir conforme, le consensus des parties : donc, quand il n'y a pas de consentement, il est bien impossible qu'il y ait mariage.* » ; A. VALETTE, *Cours de Code civil*, G. Baillières, 1873, p. 222 : « *si l'on prétend qu'il y a eu de la part de l'un des prétendus époux absence complète de consentement, par exemple à raison de démence ou d'imbécillité, cette hypothèse serait régie sans difficulté par l'article 146, lequel déclare qu'il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. Il faudrait sans doute faire constater judiciairement ce défaut absolu de consentement ; mais en réalité, dans un pareil cas, le fond même ou la substance du mariage manquerait, et il n'y en aurait que la forme ou l'apparence.* »

(397) L'article 184, inscrit sous le chapitre « *Des demandes en nullité de mariage* », renvoie bien à l'article 146, mais il se contente aussi de disposer qu'un tel mariage « *peut être attaqué* », ce qui n'exclut pas en soi l'action en constat d'inexistence. Plus sérieusement, on sait que cet ajout de l'article 146 au nombre des renvois figurant dans cette disposition a été vu par la loi du 19 février 1933 comme la solution la plus simple pour mettre un terme à la jurisprudence qui se contentait de sanctionner le mariage du dément d'une simple nullité relative, et aucunement comme le moyen de combattre l'idée qu'il puisse s'agir là d'une cause d'inexistence.

(398) V. *supra*, n° 308.

se laisse assez voir dans le Code même⁽³⁹⁹⁾, elle est surtout et évidemment coutumière, n'ayant jamais paru concevable jusqu'à il y a peu de pouvoir marier deux personnes de même sexe⁽⁴⁰⁰⁾. Le prétendu mariage qui serait célébré, en France, en méconnaissance de cette condition ne serait donc pas seulement nul mais strictement inexistant⁽⁴⁰¹⁾.

L'union ainsi formée est personnelle, plutôt que purement patrimoniale, en ce sens qu'elle engage intimement les époux, jusqu'à s'inscrire à leur état civil, ses conséquences patrimoniales ne constituant que la suite naturelle de l'engagement affectif⁽⁴⁰²⁾. Elle est également plénière, ici pour distinguer le mariage de formes récentes et concurrentes de conjugalité dont les effets ne font jamais que reproduire au petit pied ceux du modèle matrimonial⁽⁴⁰³⁾.

Surtout peut-être, les époux s'engagent à une communauté de vie⁽⁴⁰⁴⁾. C'est là l'objet de l'*affectio conjugal*, dont découle tout le régime primaire impératif, de même que le choix du Code pour la communauté légale aux acquêts. Les obligations de fidélité, de secours et d'assistance ne font elles-mêmes que se déduire de l'obligation de vie commune ; elles n'en sont pas proprement des conditions *sine qua non*. Ainsi deux époux qui conviendraient d'emblée de ne pas se devoir fidélité n'en seront-ils pas moins mariés que s'ils avaient pris

(399) V. not. les articles 75 (dern. al.), 108 (al. 1^{er}), 144, 162 à 164, 197, 312, 363 (dern. al.), et 980. Même si, au fur et à mesure des lois nouvelles, la liste de ces dispositions ne cesse de se réduire à présent que le législateur a entrepris d'effacer toute référence du Code à l'expression « *mari et femme* ».

(400) Sur le caractère coutumier de cette condition, v. G. CORNU, *Droit civil – La famille*, 9^e éd., Montchrestien, 2006, n° 155, p. 274, note 40 : « *Il n'y a pas à s'étonner que la loi civile n'ait pas explicité cette exigence fondamentale. Elle va de soi. Elle procède, coutume immémoriale, d'une évidence millénaire. La dualité des sexes est le postulat de tout le droit au mariage.* » ; R. LIBCHABER, « La notion de mariage, civil », in *Libres propos sur les sources du droit – Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, pp. 326-342, n° 2, p. 326.

(401) En ce sens, v. Ch. AUBRY et Ch. RAU, *op. cit.* (*supra*, note 393), § 451, 2^o, p. 8 : « *Les parties contractantes doivent être de sexe différent. L'union qui serait célébrée par fraude entre deux personnes du même sexe, ne constituerait pas un mariage.* » ; V. MARCADÉ, *loc. cit.* (*supra*, note 396) : « *pour la différence de sexe, il est bien évident que si deux hommes dont l'un serait pris pour une femme, ou deux femmes dont l'une passerait pour un homme, allaient déclarer devant l'officier public, avec toutes les formalités voulues, qu'ils se prennent pour époux, il n'y aurait pas mariage.* » ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil – Les personnes*, 3^e éd., Sirey, 1976, n° 70, p. 77 : « *La loi ne dit nulle part expressément que pour se marier il faut être de sexe différent, mais il n'y a jamais eu de discussion sur ce point ; cette condition résulte de la définition même du mariage que la loi considère toujours comme l'union de l'homme et de la femme.* » ; G. CORNU, *loc. cit.* (*supra*, note préc.) : « *Aujourd'hui, en droit positif français, le mariage homosexuel est inexistant.* » Et en jurisprudence, v. Civ., 6 avril 1903, préc. (*supra*, note 390) ; et plus récemment TGI Bordeaux, 27 juill. 2004, *D.* 2004, p. 2392, note E. Agostini, et SC, p. 2965, obs. J.-J. Lemouland ; *JCP* 2004, II, 10169, note G. Kessler ; *Dr. fam.* 2004, n° 166, note V. Larribau-Terneyre ; *RTD civ.* 2004, p. 719, obs. J. Hauser ; puis CA Bordeaux, 19 avril 2005, *D.* 2005, IR, p. 1113, obs. J. Daleau, et p. 1687, note E. Agostini ; *Dr. fam.* 2005, n° 124, note M. Azavant ; et finalement 1^{re} civ., 13 mars 2007, *Bull.*, I, n° 113 ; *Rapp.*, p. 326 ; *Gaz. Pal.* 2007, p. 1073, rapp. G. Pluyette et avis M. Domingo ; *D.* 2007, p. 1389, rapp. G. Pluyette, et p. 1395, note E. Agostini ; *Deffrénois* 2007, p. 781, obs. J. Massip ; *Les grands arrêts jur. civ.*, préc. (*supra*, note 58), t. I, 2007, n° 32.

(402) En ce sens, v. not. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil – Les personnes*, préc. (*supra*, note préc.), nos 63 et 64, pp. 66-68, spéc. n° 63, 2^o : « *Cette union est une union de personnes, qui peut s'accompagner d'une union plus ou moins complète des biens, mais cette dernière n'est pas le mariage.* ».

(403) V. *infra*, n° 394.

(404) V. ainsi G. RAYMOND, *op. cit.* (*supra*, note 390), p. 120 : « *Se marier, c'est tenter, loyalement, sérieusement, de vivre en commun.* » Et en jurisprudence : 1^{re} civ., 8 juin 1999, pourvoi n° 97-15520 (*Deffrénois* 1999, p. 1256, obs. J. Massip), qui juge que « *si les époux peuvent avoir temporairement des domiciles distincts, notamment pour des raisons professionnelles, l'intention matrimoniale implique la volonté d'une communauté de vie ; qu'après avoir relevé que, postérieurement au mariage, [l'épouse] ne vivait pas avec son mari, mais avec un tiers, la cour d'appel en a souverainement déduit que l'intention matrimoniale faisait défaut.* ».

cet engagement au sérieux, pour autant que l'union résiste pour le reste⁽⁴⁰⁵⁾. En revanche, ni le mariage *in extremis*, ni à plus forte raison le mariage posthume, dont il manque tout jusqu'au consentement et la célébration, ne peuvent constituer de véritables mariages, faute de toute intention des époux, ou de celui qui demeure, de partager une vie commune. Si, néanmoins, on entend les reconnaître comme tels, alors il faut nécessairement retrancher la communauté de vie, et avec elle l'ensemble des obligations qui en découlent, de la définition du mariage. Et si l'on ne s'autorise à y comprendre que le mariage *in extremis*, on se condamne encore à ne retenir qu'une acception purement symbolique de l'exigence de communauté, alors réduite à un partage, non de la vie, mais de la mort.

L'intention matrimoniale ferait donc défaut dans l'hypothèse, la moins probable, où l'un au moins des deux époux se serait mépris sur la nature de son engagement⁽⁴⁰⁶⁾. Elle manquerait surtout si, comme plus souvent, l'un ou l'autre avait sciemment détourné l'institution à des fins qui lui sont étrangères⁽⁴⁰⁷⁾. Pour être convaincu d'une telle fraude, l'intéressé ne doit pas seulement avoir recherché un effet étranger à l'union matrimoniale, même si celui-ci est illicite⁽⁴⁰⁸⁾ : il doit en outre n'avoir voulu aucun de ses effets ordinaires⁽⁴⁰⁹⁾. Ce n'est qu'à cette condition que la fraude réclamera l'inexistence pour

(405) Quant à la monogamie, elle n'est qu'une condition de validité du mariage, son existence n'étant pas remise en cause par le fait que le mari ait célébré une seconde union en connaissance de cause. Cette solution permet de reconnaître des unions polygames étrangères sous la qualification de mariage : 1^{re} civ., 3 janv. 1980, *Beneddouch*, *Bull.*, I, n° 4 ; *Les grands arrêts dr. int. privé*, par B. Ancel et Y. Lequette, 5^e éd., Dalloz, 2006, n° 61. Comp. autrefois, Req., 31 juill. 1923, *Gaz. Pal.* 1923, II, p. 594 : « *c'est par une judicieuse interprétation qu'il a fait [sic] des lois anglaises [que] le jugement attaqué a décidé que le mariage [...] était, pour cause de bigamie de l'un des contractants, frappé « ab initio » d'une nullité équivalente à sa non existence, sans qu'il fût nécessaire, pour qu'elle produisît effet, de la faire, au préalable, consacrer par les juges anglais* ».

(406) V. cep. CA Nîmes, 17 juin 1929, *DH* 1929, p. 501, à propos de l'union indigène contractée par un Occidental qui n'imaginait pas s'engager à ce point. Sur l'hypothèse, v. L. CANGARDEL, *op. cit.* (*supra*, note 393), pp. 14-15 ; et R. DESCHAMPS, *Le consentement des futurs conjoints au mariage*, th. Rennes, 1943, Impr. du Progrès, 1944, p. 50. Le Code de droit canonique l'évoque également pour ce que le canon 1082 requiert en son premier paragraphe la pleine conscience des époux quant au caractère indissoluble du mariage, au but procréatif qui le sous-tend, et à la consommation qui le conditionne.

(407) Sur cette figure juridique, v. D. FENOUILLET, « Le détournement d'institution familiale », in *Mélanges Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, pp. 235-282.

(408) Comp. C.-I. FOULON-PIGANIOL, « Le mariage « simulé », *RTD civ.* 1960, pp. 217-251, n° 3, p. 221, qui vise sous cet intitulé l'hypothèse du « *choix opéré par les intéressés parmi les conséquences juridiques du mariage* », de telle sorte que l'auteur conclut naturellement que cette situation ne correspond pas à une absence totale de consentement et ne réclame que la neutralisation des effets illicites recherchés.

(409) Solution énoncée par Civ., 1^{re} sect., 20 nov. 1963, *Appietto*, *Bull.*, I, n° 506 (*D.* 1964, p. 465, note G. Raymond ; *RTD civ.* 1964, p. 286, obs. H. Desbois) : « *le mariage est nul, faute de consentement, lorsque les parties ne se sont prêtées à la cérémonie du mariage qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale* », tandis qu'« *il est au contraire valable lorsque les conjoints ont cru pouvoir limiter ses effets légaux* ». L'article 31 de la loi du 26 novembre 2003, réformant l'ordonnance du 2 novembre 1945, a consacré cette même logique en déterminant les éléments constitutifs du délit de simulation de mariage à fin d'obtenir un titre de séjour ou la nationalité française. L'article 21, *quater*, I, de l'ordonnance dispose désormais en effet que « *Le fait de contracter un mariage aux seules fins d'obtenir, ou de faire obtenir, un titre de séjour, ou aux seules fins d'acquérir, ou de faire acquérir, la nationalité française est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.* » Comp. depuis : 1^{re} civ., 19 déc. 2012, pourvoi n° 09-15606, publié au *Bull.*, qui approuve une cour d'appel d'avoir annulé le mariage faute de consentement pour cette raison que l'épouse « *n'avait pas eu l'intention de se soumettre à toutes les obligations nées de l'union conjugale* », comme si la volonté de soustraire à l'une seule de ces obligations suffisait désormais à établir l'absence de consentement. Il reste que, en l'espèce, les juges du fond n'en avait pas moins constaté que cette épouse n'avait eu « *pour but que d'appréhender le patrimoine* » de son mari.

(suite p. suiv.)

sanction. À défaut, la force de gravitation de l'institution attirerait encore à elle tous ceux qui auront cru pouvoir en sélectionner les effets⁽⁴¹⁰⁾.

Le tout est de déterminer quelles sont les fins ordinaires du mariage. Or celles-ci apparaissent, ainsi qu'on l'a dit, plus volontiers dans ses effets extra-patrimoniaux que dans ses suites purement pécuniaires⁽⁴¹¹⁾. La solution semble pouvoir se justifier d'une idée simple : la poursuite des premiers plus que des secondes révélerait l'intention véritable des époux de mener la vie commune à laquelle l'essence de l'union paraît finalement s'arrêter. En sorte que la disposition déterminante est peut-être moins ici l'article 212, qui en règle le régime, que l'article 215, qui en établit le fondement. Pour mieux dire : « *La communauté de vie est le centre du droit conjugal qui s'édifie.* »⁽⁴¹²⁾ Et cette vie commune réclame, en l'état du droit positif, non seulement de souscrire à ces obligations, mais de le faire comme mari et femme⁽⁴¹³⁾.

Les mariages que l'on qualifie à présent de « gris », comme n'ayant été véritablement voulus que par un seul des deux époux, sont donc tout aussi inexistants que les mariages « blancs ». Justiciables comme les seconds des articles 146 et 184 du Code civil, ils n'appellent aucune réglementation particulière, contrairement aux revendications qui se font aujourd'hui entendre.

(410) Il est à cet égard une autre hypothèse de mariage frauduleux qui consiste à vouloir effectivement se marier mais en vue d'obtenir un effet illicite plus encore qu'étranger. Celui-là existe bien, mais sa validité a pu être contestée. Le Conseil d'État, dans un avis du 9 octobre 1992, estima pour sa part qu'une telle union devait demeurer, et que la sanction ne devait tendre qu'à neutraliser l'effet illicite recherché. Manifestement insatisfait de cette solution, le Gouvernement d'alors choisit d'instituer une action en annulation *ad hoc* ouverte durant l'année suivant le mariage et réservée au ministère public ainsi qu'à l'époux de bonne foi. Durant la période de dix années qui a couru entre cette introduction de l'article 190-1 dans le Code civil par la loi n° 93-1027 du 24 août 1993 et son abrogation par la loi du 26 novembre 2003, le mariage auquel l'un au moins des époux eût consenti pour un motif illicite était susceptible d'annulation. Désormais donc, il ne l'est plus, et l'on peut penser que l'avis du Conseil d'État est redevenu de droit positif : la fraude, qui corrompt tout, n'exige que de neutraliser le mal. Si celui-ci ne constituait pas la seule cause du mariage, il n'est pas de raison d'anéantir ce dernier. Ce n'est pourtant pas ce raisonnement qui a motivé l'abrogation. Pour les parlementaires en effet, il se serait agi de rétablir l'action en annulation de droit commun pour les mariages blancs (v. 2^e séance Ass. nat. du 9 juillet 2003, *JOAN* 10 juill. 2003, p. 7219), alors même que le juge n'a jamais confondu, pour sa part, le domaine de l'article 190-1, applicable aux mariages existants mais frauduleux, à celui de l'article 184, applicable aux mariages purement fictifs. Pour la distinction entre cette fraude *a minima* et le détournement radical de l'institution, v. D. FENOUILLET, art. préc. (*supra*, note 409), spéc. pp. 265-272.

(411) V. ainsi 1^{re} civ., 28 oct. 2003, *Bull.*, I, n° 215 (*D.* 2004, p. 21, note J.-P. Gridel, et SC, p. 2964, obs. J.-J. Lemouland ; *AJ Famille* 2004, p. 27, obs. F. Bicheron ; *Deffrénois* 2004, art. 37867, p. 143, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 2004, p. 66, obs. J. Hauser ; *RRJ* 2005, p. 743, « Le contrat de mariage sans le mariage », par G. Raoul-Cormeil), qui, sous le visa de l'article 146 du Code civil, reproche aux juges du fond de ne pas avoir cassé un mariage susceptible d'avoir été contracté à seule fin d'obtenir un avantage successoral. On trouvera là un motif supplémentaire de contester la qualification de mariage appliquée aux unions célébrées *in articulo mortis*, considérant que leurs effets apparaissent, de fait, essentiellement patrimoniaux. Seules pourraient y faire à la rigueur exception celles célébrées en vue de légitimer *in extremis* une vie commune menée jusque là hors des liens du mariage. La solution est d'ailleurs la même pour l'adoption : v. par ex. 1^{re} civ., 16 oct. 2001, *Bull.*, I, n° 256 (*D.* 2002, p. 1097, note F. Boulanger ; *RTD civ.* 2002, p. 84, obs. J. Hauser), qui approuve une cour d'appel d'avoir rejeté la demande de l'adoptant au motif « *qu'elle avait un but essentiellement successoral* ».

(412) G. CORNU, *op. cit.* (*supra*, note 400), n° 155, p. 274.

(413) C'est-à-dire non seulement de l'être mais aussi de le paraître. V. ainsi CA Versailles, 8 juill. 2005 (*D.* 2006, p. 772, note V. Bonnet, et pan., p. 1416, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *AJ Famille* 2005, p. 322, obs. Ph. Guez ; *RTD civ.* 2006, p. 93, obs. J. Hauser), jugeant que le défaut de consentement matrimonial est assez établi par le fait que, même si les deux candidats étaient bien de sexe différent selon l'état civil, ils n'avaient pas l'intention de vivre comme mari et femme mais celle de paraître tous deux sous une apparence féminine.

Si bien que, en définitive, le mariage serait matériellement inexistant si les candidats ou l'un seul d'entre eux n'avaient pas entendu partager leur vie en tant que personnes de sexe différent, ce que l'on déduira de leur volonté de se soustraire à l'ensemble des effets personnels qui s'attachent à cette union, ou que, ayant cette intention, ils fussent néanmoins tous deux de même sexe⁽⁴¹⁴⁾.

394. Le pacte civil de solidarité – Introduit par la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999, le pacte civil de solidarité s'est vu donner pour objet d'offrir une autre forme d'organisation juridique à la communauté de vie entre deux personnes. À lire la définition qu'en donne l'article 515-1 du Code civil, « *Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune.* » La proximité avec le mariage frappe d'emblée : nonobstant sa qualification contractuelle et l'identité éventuelle des sexes, c'est bien de couple qu'il est question ici encore. Le Conseil constitutionnel l'a d'ailleurs expressément jugé, dans un considérant qui se réfère ouvertement au modèle matrimonial : « *la vie commune mentionnée par la loi déferée suppose, outre une résidence commune, une vie de couple, qui seule justifie que le législateur ait prévu des causes de nullité du pacte qui, soit reprennent les empêchements à mariage visant à prévenir l'inceste, soit évitent une violation de l'obligation de fidélité découlant du mariage* » (déc. n° 99-419 DC du 9 nov. 1999, consid. 26).

Dans son régime même, tout rappelle le mariage : l'aide matérielle à laquelle s'obligent les partenaires (C. civ., art. 515-4, al. 1^{er}), la solidarité passive qui règne entre eux envers les tiers créanciers (al. 2), l'indivision qui prévaut sur les biens dont aucun ne pourrait faire la preuve de sa propriété exclusive (art. 515-5) comme il en va pour les époux séparés de biens, etc. Le caractère impératif de ce régime le rapproche ainsi du régime primaire impératif applicable au mariage⁽⁴¹⁵⁾. Et cette dimension extra-patrimoniale, ou matrimoniale, du pacte civil de solidarité s'est encore accentuée avec l'adoption de la loi du 23 juin 2006, qui a fait de la communauté de vie, non plus seulement une condition de

(414) Quant au mariage célébré à l'étranger, on ne lui accordera cette même qualification en France que si l'on y trouve l'ensemble de ses éléments constitutifs. Cela n'empêchera pas, à défaut, de reconnaître aux intéressés les droits et obligations qui en résultent en application de leur loi personnelle, mais on le fera sans recourir à la qualification matrimoniale. Cette solution semble réaliser le meilleur équilibre en ce qu'elle permet de ne pas nier les droits déjà acquis par les intéressés dans leur pays ou dans le pays de célébration, sans pour autant leur en attribuer de nouveaux sur le territoire français. Le tout sous réserve bien sûr de la fraude à la loi française s'il apparaît que le mariage n'a été célébré à l'étranger que pour contourner la prohibition nationale. Mais le cas paraît peu probable dès lors que les deux époux sont par hypothèse de nationalité étrangère (si l'un d'eux était Français, sa loi personnelle aurait vocation à régir cette union à son égard, ce qui la priverait de tout effet). Rappr. en ce sens, rép. min. n° 41553, *JOAN* 26 juill. 2005, p. 7437, et *Dr. fam.* 2005, n° 55, obs. E. Fongaro ; F. BRULÉ-GADIOUX et E. LAMOTHE, « Le mariage homosexuel en Europe », *Defrénois* 2005, art. 38145, pp. 647-654, *in fine* ; H. FULCHIRON, « Le droit français et les mariages homosexuels étrangers », *D.* 2006, pp. 1253-1258. *Contra* E. FONGARO, « Retour sur les effets en France d'une union homosexuelle célébrée à l'étranger », *JCP N* 2005, 1258, pp. 794-798.

(415) V. ainsi C. const., déc. n° 99-944 DC du 9 nov. 1999, consid. 28 : « *les [...] dispositions introduites par l'article 1^{er} de la loi déferée [C. civ., art. 515-1 à 515-7] revêtent un caractère obligatoire, les parties ne pouvant y déroger ; que tel est le cas de la condition relative à la vie commune, de l'aide mutuelle et matérielle que les partenaires doivent s'apporter, ainsi que des conditions de cessation du pacte* ». Et encore consid. 31 à propos de l'obligation d'aide mutuelle et matérielle.

formation, mais une obligation née de l'union (art. 515-4, al. 1^{er}) ; qui a ajouté une obligation d'assistance réciproque à l'aide matérielle (*ibid.*), rappelant en cela la double obligation d'assistance et de secours des conjoints mariés ; et qui a finalement imposé la mention de l'existence du pacte en marge de l'acte de naissance (art. 515-3-1)⁽⁴¹⁶⁾.

Pour autant, le pacte civil de solidarité n'est pas encore tout à fait le mariage. Outre la condition relative au sexe des intéressés, qui est la plus évidente, l'intensité du lien ne semble pas être exactement la même entre partenaires au Pacs que celle qui unit deux époux. Si les juges ont ainsi pu imposer aux premiers une obligation de loyauté⁽⁴¹⁷⁾, il n'est pas sûr que celle-ci dût nécessairement se traduire par une obligation de fidélité⁽⁴¹⁸⁾. Cette intensité, au fond, paraît étroitement liée aux conditions de formation de l'union et à celles de sa dissolution. Alors que le mariage est formé au cours d'une cérémonie devant et par le représentant de l'État, le pacte civil de solidarité l'est par le seing privé des parties, qui ne font que présenter leur acte déjà conclu au greffier chargé de l'enregistrer (art. 515-3). Ce qui explique à l'autre bout que la cessation du premier réclame encore l'intervention de l'autorité étatique, par le truchement cette fois de l'autorité judiciaire, tandis que la rupture du second s'opère par la seule volonté des parties, le rôle de l'officier public se bornant à communiquer ou à publier cette décision (art. 515-7). De sorte que c'est encore sur sa forme que le Pacs se distingue le mieux du mariage : on peut vouloir à peu près la même chose, mais le vouloir moins sérieusement.

Sous le bénéfice de ces observations, il devient possible de revenir à la définition légale du pacte civil de solidarité et de la préciser. Qu'il faille en premier lieu deux personnes physiques, le point ne souffre pas la discussion, mais qu'elles doivent de surcroît être majeures, cela paraît bien mieux ressortir à la validité qu'à l'existence même du pacte⁽⁴¹⁹⁾. Qualifier par ailleurs le Pacs de contrat peut encore se concevoir si l'on s'en tient à l'idée que l'acte ne réclame pas l'intervention de l'autorité publique pour se former. Mais on aura du mal à lui reconnaître cette nature, en revanche, si l'on observe d'abord que, même *inter partes*, son effet comme sa dissolution sont subordonnés à l'enregistrement du greffier ; que cet effet, ensuite, se développe à peu près autant en matière extra-patrimoniale que patrimoniale ; et que l'essentiel de ce régime, enfin, échappe à la libre disposition des

(416) À quoi on rajoutera que la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, en insérant un article 515-7-1 au Code civil, a choisi d'écarter la loi d'autonomie normalement applicable aux conditions de formation et aux effets des contrats pour rattacher le Pacs à la loi du pays d'enregistrement.

Sur cette convergence des deux institutions, v. not. Ph. SIMLER et P. HILT, « Le nouveau visage du PACS : un quasi-mariage », *JCP* 2006, I, 161 ; J. ROCHFELD, « Pacs, mariage, contrat : les dynamiques concurrentes », *RTD civ.* 2006, pp. 624-632. Sur la nature statutaire du Pacs, v. déjà *supra*, n° 128, spéc. note 182.

(417) TGI Lille, 5 juin 2002, *D.* 2003, p. 515, note X. Labbé ; *Dr. fam.* 2003, n° 57, note B. Beignier ; *RTD civ.* 2003, p. 270, obs. J. Hauser.

(418) Au moins le législateur n'a-t-il pas osé l'imposer. Comp. cep. l'ambiguïté des termes du considérant précité de la décision du Conseil constitutionnel, *supra*, *eod. num.*

(419) Et si l'on s'en tient à la vision contractualiste que livre du Pacs l'article 515-1 du Code civil, on ne sanctionnera même cette condition que d'une nullité relative, comme tout autre vice d'incapacité. Une vision plus statutaire, et somme toute peut-être plus réaliste, invitera au contraire à sanctionner cette condition de majorité par une nullité absolue, ainsi qu'il en va, même sous certains aménagements, en matière de mariage.

parties. Il est un peu réducteur, en outre, d'estimer que le Pacs a pour seul objet d'« organiser » la vie commune des partenaires, puisqu'il les *oblige* même désormais à cette communauté de vie. Une autre définition se conçoit donc finalement : *Le pacte civil de solidarité est un accord conclu par deux personnes physiques, de sexe différent ou non, qui les engage à vivre en couple hors des liens du mariage et dans le respect des dispositions qui régissent cet engagement*. On s'autorisera de la sorte à constater l'inexistence du pacte si, comme pour le mariage, il s'avère que l'un au moins des deux conjoints n'a rien voulu des effets, notamment personnels, qui s'attachent légalement à cette union.

395. Conclusion – On voit ainsi que l'inexistence est susceptible de frapper toute espèce de contrat en tout domaine, de l'accord purement transactionnel jusqu'à l'union matrimoniale en passant par la simple révision conventionnelle d'un accord préexistant⁽⁴²⁰⁾. Il en est d'ailleurs ainsi des actes juridiques comme de toute chose : dès lors qu'il est possible de définir un objet, et de lui découvrir à cette fin ses éléments constitutifs, il suffit d'en retrancher un seul pour faire disparaître l'objet sous cette qualification. Pour cette raison, il arrive parfois qu'un contrat déterminé prétendument existant s'avère en réalité tout à fait inexistant, ne laissant à sa place qu'un acte informe dépourvu du moindre effet. Plus souvent néanmoins, le contrat spécial, inexistant sous telle qualification, réunit tous les éléments constitutifs de telle autre convention. D'absolue, l'inexistence n'est plus alors que relative. La requalification en avant-contrat, au fond, ne procède pas autrement : on conclut à l'inexistence du contrat définitif parce que l'on n'y trouve pas encore tous ses éléments

(420) On peut ici, pour achever cette tentative de mise en ordre des contrats spéciaux, proposer après PLANIOL (art. préc. (*supra*, note 129), p. 483) de leur appliquer, selon la mode du XIX^e siècle, la nomenclature par clades élaborée par LINNÉ pour classer le vivant. Les contrats spéciaux se répartiraient ainsi en deux *groupes*, selon qu'ils sont de nature transactionnelle ou organisationnelle ; on distinguerait au sein de ces deux groupes deux *familles* différentes dans le second (contrat encadrant une activité / contrat instituant une communauté), mais quatre dans le premier (trois d'après la nature des obligations créées et une autre pour les contrats portant sur une obligation déjà existante) ; chaque famille recèlerait différents *genres* contractuels fonction notamment dans le premier groupe de la nature de la prestation fournie, du caractère unilatéral ou synallagmatique du contrat, ou de l'effet porté à l'obligation objet du contrat ; avant d'aboutir finalement au détail de chaque *espèce* de contrat, voire, le cas échéant, à certaines de ses *variétés*. Appliqué au contrat de vente, la classification serait donc la suivante : contrat transactionnel (groupe) / contrat constitutif d'une obligation de donner (famille) / dation réciproque (genre) / vente (espèce) / vente de fonds de commerce (variété). Évidemment, cette nomenclature autorise aussi les subdivisions : la cession de créance, qui répond à une qualification distincte, apparaît ainsi comme une sous-espèce du contrat de vente plutôt que comme l'une de ses variétés. Plus encore que d'ordonner les contrats nommés, ce schéma offre au juge la possibilité de classer ceux qui ne le sont pas chaque fois qu'ils apparaîtront et de les rapprocher ainsi des contrats de même genre en vue de leur appliquer par analogie les règles les plus adéquates. Pour une autre typologie, v. X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles*, th. Nancy II, 1992, spéc. concl. Sur l'intérêt de cette recherche, v. G. CORNU, *Cours de droit civil*, Les Cours de droit, Paris, 1972-1973, p. 312 ; Ph. JESTAZ, « L'évolution du droit des contrats spéciaux dans la loi depuis 1945 », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier, Poitiers, 24 et 25 oct. 1985, PUF, 1986, pp. 117-135, *in fine* ; L. CADIET, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », in *Le droit contemporain des contrats*, Economica, 1987, pp. 7-35, n° 26 et s., p. 24 et s. ; A. BÉNABENT, « Les difficultés de la recodification : les contrats spéciaux », in *Le Code civil 1804-2004 – Livre du Bicentenaire*, Dalloz/Litec, 2004, pp. 245-253, spéc. pp. 251-253 ; J. RAYNARD, F. COLLART DUTILLEUL, P.-Y. GAUTIER, D. MAINGUY et J.-J. BARBIÈRI, sous « Une théorie générale des contrats spéciaux ? », *RDC* 2006, p. 597 et s. ; P. PUIG, « Pour un droit commun spécial des contrats », in *Le Monde du droit – Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, pp. 825-855.

objectivement essentiels et que l'on en déduit que l'intention contractuelle des parties, par ailleurs avérée, se sera arrêtée à un projet de contrat plutôt qu'à ce dernier.

Entre la forme et le fond, l'inexistence choisit donc clairement son parti : hormis les rares cas de contrats véritablement réels et quelques espèces de contrats solennels qui n'en sont déjà plus tout à fait, l'essentiel des causes d'inexistence relève du fond de l'acte. Chaque fois, il s'agit de vérifier une qualification en fonction d'un type contractuel donné afin de déterminer si les parties ont pu vouloir ce contrat plutôt qu'un autre. En ce qu'il suppose de partir d'une qualification objective plutôt que de la volonté des parties, le raisonnement applicable au constat de l'inexistence est exactement inverse de celui visant, comme d'ordinaire, à déduire une qualification de cette volonté. Au lieu de traduire juridiquement une intention exprimée, la question posée de l'existence d'une convention donnée consiste à vérifier une hypothèse. Sans doute est-il toujours possible de poursuivre le raisonnement jusqu'à rétablir la véritable qualification de l'accord examiné ; l'opération aidera même souvent à se prononcer. Mais, strictement, le constat de l'inexistence ne réclame pas cet effort : il suffira de relever que les contractants n'ont pas voulu tous les éléments constitutifs du contrat excipé.

C'est du reste ce même raisonnement qui est à l'œuvre lorsque l'on discute, non plus de l'existence d'un contrat spécial, mais de celle même de tout contrat pris en soi. Il s'agit toujours d'examiner s'il manque dans les faits présentés l'une quelconque des conditions essentielles à tout contrat. La différence tient simplement en ce que, cette qualification étant cette fois unique, les éléments constitutifs sont toujours les mêmes : il faudra vérifier l'existence d'une offre efficace, d'une acceptation qui lui réponde valablement, et d'une volonté réciproque de s'engager en droit. Ainsi reconstitué dans son intégralité, le raisonnement visant à convaincre de l'inexistence d'une convention déterminée consiste donc d'abord à établir, le cas échéant, l'absence d'un élément constitutif de tout contrat, avant, et à défaut seulement, de démontrer que, même s'il pouvait y avoir un contrat, celui-ci ne correspondait pas à la qualification alléguée, faute, là encore, d'une condition qui lui est nécessaire.

CONCLUSION

396. Un malentendu à dissiper – L’histoire de l’inexistence est celle d’une notion brumeuse. Faute de se laisser clairement voir, elle ne s’est jamais laissée saisir. Si bien que, après avoir nourri le débat doctrinal pendant plus d’un siècle, la théorie de l’inexistence fut rendue à ses limbes sans qu’il lui ait été donné de démontrer son bien-fondé.

Son origine, déjà, la condamnait : initialement requise afin de circonvenir le principe mal compris selon lequel les nullités ne pourraient se suppléer hors des textes, elle apparut rapidement inutile dès lors que fut fait justice de ce mauvais prétexte⁽¹⁾. Comme pour forcer l’intérêt qu’il aurait fallu malgré tout lui reconnaître, on l’affubla d’un régime mal taillé en vue de l’employer aux tâches les plus exorbitantes⁽²⁾. Ainsi sollicitée pour ce qu’elle n’était pas, à seule fin d’échapper aux règles les mieux assises, l’inexistence fut rapidement tenue pour un élément de perturbation juridique. Et lorsque même on lui déniait parfois ces effets, elle entraînait alors en concurrence avec des concepts mieux connus, de sorte que pour l’une ou l’autre de ces deux raisons, la théorie fut finalement discréditée.

À celui qui chercherait à l’exhumer aujourd’hui, l’inexistence se présente bien, dès lors, « *dans l’épaisseur de la nuée* », celle-là-même de laquelle, est-il écrit, devrait surgir la vérité⁽³⁾. Y avait-il vraiment là matière, pourtant, à révélation ?

397. Les causes propres de l’inexistence – Il en va de l’inexistence comme de toutes les incertitudes : si la raison se satisfait toujours de comprendre enfin, l’imagination se désenchante parfois de la banalité que la première trouve à lui servir. De ce point de vue, les découvertes faites le long de cette thèse pourront paraître bien modestes, et la conclusion elle-même s’imposer désormais sans plus de démonstration : il est bien une place pour l’inexistence comme sanction de la formation du contrat.

Qu’importe cependant que l’inexistence ait eu pour elle la force de l’évidence : au moins celle-ci aura-t-elle aidé à en livrer le contenu. Ce sont ses causes, à présent identifiées, qui auront permis de vérifier que son domaine ne se confond à aucun autre, et que l’on peut le borner sans jamais empiéter, en particulier, sur celui de la nullité.

(1) V. *supra*, n° 4.

(2) V. *supra*, n° 5.

(3) *Exode*, 19, 9.

À la source même de la volonté constitutive du contrat, son auteur est tout d'abord susceptible de faire radicalement défaut, et de voir néanmoins un autre prétendre contracter en son nom, soit qu'il ne lui ait jamais été attribué de personnalité juridique⁽⁴⁾, soit que celle-ci lui ait été retirée au cours ou au terme de son existence⁽⁵⁾. Cette personnalité acquise, le droit pourrait encore refuser de reconnaître la moindre portée à la volition déclarée eu égard à l'état d'inconscience dans laquelle elle aurait été émise⁽⁶⁾. Dans ces deux cas, le contrat sera déjà inexistant, pour déficience de l'auteur de la volonté.

Plus souvent cependant, la cause du mal gît dans l'objet même de cette volonté. Déclarée par un auteur qui y était apte, elle révèle alors que celui-ci ne cherchait en réalité pas à former un contrat, ou que, l'ayant recherché, sa déclaration n'y suffisait cependant pas. En application du droit commun du contrat, on devra en effet conclure à son inexistence chaque fois que les parties auront échoué à former le moindre accord, soit que l'une d'elles au moins aura retenu son consentement⁽⁷⁾, soit que s'étant toutes deux déclarées, l'une de ces volitions sera restée inefficace. Cette dernière hypothèse se vérifiera notamment dans le cas où le déclarant se serait exprimé sans pouvoir au nom d'un autre⁽⁸⁾, ou encore lorsque le destinataire de l'offre aura retourné une acceptation qui ne se conforme pas à la pollicitation⁽⁹⁾.

Seraient-elles d'ailleurs parvenues à former leur accord que les parties pourraient ne pas avoir voulu lui faire produire le moindre effet juridique, soit qu'elles n'aient pas entendu le conclure en droit⁽¹⁰⁾, soit qu'elles l'aient conditionné à la réitération même tacite du consentement de l'une d'elles⁽¹¹⁾. Là encore, formant un engagement purement moral dans le premier cas, ou un engagement purement potestatif dans le second, elles n'auront fait que forcer au constat d'un contrat inexistant.

Par-delà même le droit commun, il est un droit spécial qui oppose lui aussi certaines causes d'inexistence au contrat. Sans doute les conditions de forme ne se rattachent-elles qu'exceptionnellement à l'existence des conventions, et lorsqu'elles y tendent néanmoins, c'est déjà que l'engagement n'est en général plus tout à fait contractuel⁽¹²⁾. Mais les conditions de fond exercent sur ce point une influence autrement plus déterminante. Spécialement assujetti d'abord à un élément resté nécessaire à sa conclusion, le contrat constitué par étapes et encore en formation ne pourra pas prétendre valoir en tant que

(4) V. *supra*, n° 19 et s.

(5) V. *supra*, n° 57 et s.

(6) V. *supra*, n° 85 et s., spéc. n°s 94 et 106.

(7) V. *supra*, n° 121 et s., pour le pollicitant, et n° 176 et s., pour l'acceptant.

(8) V. *supra*, n° 169 et s., spéc. n° 172, pour le pollicitant, et n°s 260 et 261, pour l'acceptant.

(9) *Ratione materiae* : v. *supra*, n° 222 et s., spéc. n° 228. *Ratione personae* : v. *supra*, n° 234 et s. *Ratione temporis* : v. *supra*, n° 252 et s.

(10) V. *supra*, n° 264 et s., spéc. n° 272.

(11) V. *supra*, n° 278 et s., spéc. n°s 289 et 290.

(12) V. *supra*, n° 295 et s., spéc. n° 307. La seule exception notable réside encore dans les rares contrats réels qui nous soient restés : v. *supra*, n° 311 et s., spéc. n° 320.

contrat définitif, de sorte que ce dernier au moins demeurera inexistant⁽¹³⁾. Un raisonnement semblable s'applique du reste chaque fois que l'on juge l'accord conclu à l'aune d'un contrat spécial : s'il pourra bien y avoir finalement en ce cas un contrat, ce dernier sera toujours susceptible de ne pas répondre à la qualification attendue, si bien que, même devenue relative, son inexistence ne s'imposera pas moins⁽¹⁴⁾.

Ainsi circonscrit, le domaine de l'inexistence apparaît finalement dans sa juste mesure : il n'est pas si restreint que la notion en deviendrait inutile ; mais il n'est pas non plus si étendu qu'elle menacerait le droit des contrats.

398. Les domaines respectifs de l'inexistence et des sanctions voisines –

Les causes d'inexistence à présent définies, il devient possible de tracer avec précision la frontière qui la sépare des autres sanctions susceptibles d'opérer au cours de la formation du contrat. En empruntant le même parcours, mais en regardant du côté du contrat formé, c'est le domaine des nullités, de la caducité, et parfois même de l'opposabilité, qui s'offre alors à l'observation.

Le contrat prétendument passé au nom d'un enfant qui ne serait pas même conçu serait proprement inexistant⁽¹⁵⁾ ; alors que conclu après cette conception, le contrat existera, mais sera encore susceptible de disparaître par caducité pour défaillance de la condition suspensive tenant dans la naissance de l'enfant représenté⁽¹⁶⁾, ou par nullité relative en cas de méconnaissance des conditions de représentation de ce contractant mineur⁽¹⁷⁾. La même distinction entre inexistence et caducité a logiquement vocation à s'appliquer à la personne morale, selon qu'elle ne fût pas même organisée⁽¹⁸⁾, ou déjà constituée mais non encore pourvue d'une personnalité juridique⁽¹⁹⁾, encore que l'on observe une singulière tendance du droit positif à opposer systématiquement au mandataire le contrat qu'il aura voulu former pour le compte du groupement, en l'absence de personnalisation ou de ratification de ce dernier⁽²⁰⁾. Un contrat conclu au nom d'une personne déjà disparue serait toujours pour sa part inexistant⁽²¹⁾, sous réserve des règles applicables à la liquidation des personnes morales⁽²²⁾, seul celui déjà formé au jour du décès ou de la dissolution de l'un des contractants étant susceptible de disparaître par caducité, en l'absence de succession, au cas d'*intuitus personae*, ou dans l'hypothèse encore du mandat civil, de droit commun au moins, dont le mandataire aurait ainsi disparu⁽²³⁾.

(13) V. *supra*, n° 327 et s., spéc. n° 337.

(14) V. *supra*, n° 351 et s.

(15) V. *supra*, n°s 32 et 37.

(16) V. *supra*, n°s 42, 49 et 54.

(17) V. *supra*, n° 42.

(18) V. *supra*, n°s 33 et 38.

(19) V. *supra*, n°s 50 et 55.

(20) *Ibid.*

(21) V. *supra*, n°s 77 et 82.

(22) V. *supra*, n°s 72, 78 et 83.

(23) V. *supra*, n° 75.

Lorsque le contractant existe mais qu'il se trouve dépourvu de toute conscience juridique, qu'il s'agisse d'un enfant en bas âge ou d'une personne souffrant d'aliénation mentale, la convention que l'on voudrait le voir former sera à nouveau inexistante⁽²⁴⁾. Mais que l'enfant, encore mineur, ait cependant gagné en âge et en discernement, ou que l'aliénation ne se fasse plus que simple trouble mental, et le contrat pourra exister, seulement soumis à l'éventualité d'une action en nullité relative⁽²⁵⁾. C'est du reste cette même sanction qui s'imposerait toujours à celui qui chercherait à se prévaloir de sa croyance légitime pour passer outre le défaut de consentement de son cocontractant inconscient⁽²⁶⁾.

Si l'on examine à présent la teneur de la volonté exprimée, on constate que les vices propres de l'offre prise en tant qu'acte volitif sont bien une cause d'inexistence du contrat, tandis que ceux qui portent sur le contenu de cet acte réceptice ont vocation à se transmettre au contrat formé par l'acceptation, en sorte que ce dernier existera mais affecté, le cas échéant, d'une nullité absolue pour impossibilité ou illicéité de son objet ou de sa cause⁽²⁷⁾. Pour la même raison, l'empêchement légal de contracter vise plus souvent le contrat lui-même que la volonté qui y tend⁽²⁸⁾, ce qui explique que les incapacités de jouissance entraînent tout au plus, lorsqu'elles s'analysent comme de véritables interdictions, la nullité absolue de ce contrat⁽²⁹⁾. Au contraire, le défaut de pouvoir du représentant constitue une authentique cause d'inexistence de l'accord qu'il prétendrait former, et non d'inopposabilité ni de nullité relative ainsi qu'on le juge encore parfois⁽³⁰⁾.

Cette dernière sanction est en revanche celle qui s'attache ordinairement à la contrainte qui aura pesé sur le consentement, ainsi vicié. Pour que la violence dresse un obstacle à la formation même de tout contrat, elle devra se faire purement physique et non plus, comme le plus souvent, psychologique⁽³¹⁾. L'erreur du contractant est elle aussi susceptible d'une double sanction selon qu'elle aura porté sur un élément du contrat qui s'avérerait non conforme à la réalité ou, pour l'acceptant, sur la matière de l'offre elle-même : dans le premier cas, l'*errans* seul disposera d'une action en annulation pour vice de son consentement ; dans le second, tout un chacun pourra faire valoir l'inexistence de l'engagement⁽³²⁾. Cette distinction trouve notamment à s'illustrer lorsque l'erreur concerne la chose objet du contrat : selon qu'elle porte sur son identité même ou seulement sur les

(24) V. *supra*, n° 94 et 106.

(25) V. *supra*, n°s 93 et 94, spéc. notes 44 et 49 ; et n°s 105 et 106, spéc. notes 105 et 110.

(26) V. *supra*, n°s 95 et 107.

(27) V. *supra*, n°s 161 et 162. On en trouve un exemple dans l'offre insuffisamment déterminée, qui emportera moins souvent l'inexistence du contrat que sa nullité pour indétermination de son objet : n° 149, spéc. note 326.

(28) À moins que cet empêchement ait pour objet de protéger le consentement exprimé, auquel cas le contractant ainsi frappé d'une incapacité d'exercice, ou son représentant, disposera d'une action en nullité relative.

(29) V. *supra*, n° 164, *in limine*.

(30) V. *supra*, n° 172.

(31) V. *supra*, n°s 131 et 132, puis n°s 182 et 183.

(32) V. *supra*, n° 223 et s.

qualités d'une chose identifiée par ailleurs, le contrat sera inexistant ou affecté d'une simple nullité relative⁽³³⁾.

Trop tôt donnée pour être efficace, l'acceptation devrait logiquement tendre encore à un contrat inexistant plutôt qu'ouvrir droit à une nullité relative comme le décide aujourd'hui la Cour de cassation⁽³⁴⁾. Sa rétractation avant réception par le pollicitant s'analyse en revanche comme la défaillance d'une condition suspensive, de sorte que le contrat tout juste formé à l'instant de l'émission tombera du jeu d'une caducité rétroactive plutôt que, strictement, par inexistance⁽³⁵⁾. La même sanction s'attache au consentement donné sous une réserve d'agrément ou sous une condition casuelle, qui valent toutes deux comme condition suspensive, même potestative pour la première : l'absence d'agrément entraînera autant que la défaillance de la condition casuelle la caducité du contrat ainsi conclu⁽³⁶⁾. Pour que ce dernier soit proprement inexistant, il faudrait que la réserve consiste en une réitération pure et simple du consentement⁽³⁷⁾.

On a ainsi pu observer par la suite qu'un contrat conclu sous une condition potestative n'était pas nécessairement inexistant, non plus que nul. N'est proprement inexistant en effet que celui dont la condition suspensive tient dans un acte positif consistant à réitérer purement et simplement un consentement, sans autre action associée⁽³⁸⁾. Si la condition consiste en la réalisation d'un acte distinct d'une pure volition, et néanmoins laissé en l'entier pouvoir de l'une des parties, le contrat sera affecté d'une nullité absolue, pour autant du moins que l'on présumera que les contractants n'auront pas convenu de conférer un tel pouvoir à l'un d'entre eux⁽³⁹⁾. Et si enfin le titulaire de ce pouvoir se trouvait tenu de l'exercer en vue de préserver la casualité naturelle de la condition, alors le contrat échapperait à l'une ou l'autre de ces deux sanctions pour entrer dans le domaine de l'article 1178 du Code civil⁽⁴⁰⁾.

Les obligations purement morales, quant à elles, sont toujours juridiquement inexistantes, par définition même⁽⁴¹⁾. En quoi elles ne se confondent pas aux obligations imparfaites, qui existent en droit, même amputées d'une partie ou de la totalité de leur appareil coercitif⁽⁴²⁾. À plus forte raison ne les confondra-t-on pas aux obligations immorales, qui sont précisément le contraire, et que l'on sanctionne pour cette raison de nullité absolue, même si l'on doit en refuser la répétition à celui qui s'est ainsi appauvri par

(33) V. *supra*, n° 225.

(34) V. *supra*, n° 242.

(35) V. *supra*, n° 219.

(36) V. *supra*, n°s 156 et 158, puis n°s 203 et 206.

(37) V. *supra*, n°s 157 et 204.

(38) V. *supra*, n° 290.

(39) V. *supra*, n° 291.

(40) V. *supra*, n° 292.

(41) V. *supra*, n°s 264 et 272.

(42) V. *supra*, n° 267.

turpitude⁽⁴³⁾. Les dettes de jeu, qui ne sont pas spécialement morales, ne sont donc pas inexistantes : elles sont au contraire frappées de nullité absolue pour immoralité, à moins qu'on ne leur reconnaisse finalement la nature d'obligation imparfaite que leur libéralisation croissante paraît désormais réclamer⁽⁴⁴⁾.

Si l'on pénètre enfin le droit spécial, on y verra que pour la plupart des contrats solennels, le formalisme ne se prescrit tout au plus aujourd'hui que *ad validitatem*⁽⁴⁵⁾, l'inexistence pour défaut de forme ne concernant plus guère que le mariage ou la vente par adjudication⁽⁴⁶⁾. La remise de la chose est encore pour sa part une condition d'existence des contrats réels véritables que sont le dépôt et le prêt⁽⁴⁷⁾, mais non de la donation manuelle, dont elle est une condition de validité⁽⁴⁸⁾, ni du gage, dont elle conditionne seulement l'opposabilité⁽⁴⁹⁾. Quant à promettre la tradition constitutive du contrat réel, on concevra de valider l'engagement, mais sous la réserve d'y voir une obligation imparfaite, insusceptible d'exécution forcée⁽⁵⁰⁾.

La plupart des conditions spéciales d'existence des conventions sont bien plutôt des conditions de fond. Assujetti alors à un élément essentiel, le contrat restera encore éventuel, et comme tel strictement inexistant⁽⁵¹⁾. Assujetti au contraire à un élément accidentel, ordinairement étranger à la formation du contrat, celui-ci sera constitué, même sous condition suspensive, de sorte qu'il ne tombera plus le cas échéant que par caducité, même rétroactive, et non par inexistence⁽⁵²⁾.

Le droit spécial est aussi finalement celui des contrats spéciaux, où la démarcation des domaines de l'inexistence et de la nullité absolue suit une ligne claire : lorsque les éléments essentiels d'une qualification manquent jusque dans la volonté des parties ou de l'une d'entre elles, le contrat mal qualifié est inexistant, à charge d'en opérer la requalification éventuelle ; lorsque ces mêmes éléments ont bien été convenus mais qu'ils font défaut en fait ou en droit, en dehors de la volonté des parties, le contrat existera mais sera frappé de nullité absolue pour objet ou pour cause impossible ou illicite⁽⁵³⁾.

Pour aussi fin que puisse parfois apparaître son tracé, on voit ainsi que la frontière de l'inexistence est aussi assez précise pour n'autoriser aucune intégration de son domaine dans celui des autres sanctions susceptibles de se manifester à son voisinage.

(43) V. *supra*, n° 274, spec. note 85.

(44) V. *supra*, n° 270, spéc. note 75.

(45) V. *supra*, nos 295 et 306.

(46) V. *supra*, nos 308 et 309.

(47) V. *supra*, nos 316 et 317.

(48) V. *supra*, n° 314.

(49) V. *supra*, n° 315.

(50) V. *supra*, nos 323 et 324.

(51) V. *supra*, n° 337.

(52) V. *supra*, n° 333.

(53) V. *supra*, n° 335 et n° 351 et s.

399. La volonté pour toute source du droit – Pour que le contrat soit inexistant, il faut donc en définitive que fasse défaut, pour quelque cause que ce soit, la volonté qui le constitue. À cette condition seulement, manquera au contrat l'élément sans lequel il ne répondra plus à sa définition. En quoi les causes de l'inexistence ne se confondent pas aux causes de nullité, que celle-ci soit absolue, lorsqu'elle empêche un contrat formé de produire ses effets, ou qu'elle soit à plus forte raison relative, lorsqu'il n'est question que de permettre à l'une des parties de revenir sur un consentement qui, mal donné, ne l'a pas moins été (*Qui mavult vult*). Là où la cause d'inexistence sévit à l'instant même de la déclaration pour l'empêcher de produire son effet constitutif, la cause de nullité absolue intervient à son aval, dans la confrontation du contrat déjà formé à son environnement légal et factuel. Et si la cause de nullité relative s'insinue bien pour sa part jusque dans la volonté constitutive, elle ne l'empêche cependant pas de produire son effet, la grevant seulement d'un vice propre à la rendre labile⁽⁵⁴⁾.

Source de tout contrat⁽⁵⁵⁾, il est apparu au long de cette étude que la volonté le serait même, au fond, de tout droit, conventionnel ou non. La personnalité juridique semble n'être ainsi reconnue pour l'essentiel que là où s'exprime une volonté autonome, chez la personne physique⁽⁵⁶⁾ comme chez la personne morale⁽⁵⁷⁾. La loi elle-même n'est de son côté que le fruit de l'expression d'une volonté générale et souveraine⁽⁵⁸⁾. Et comme si ce fondement ne lui suffisait plus, on a été amené à relever après d'autres une confluence très contemporaine de ces deux sources volitives, où l'ordre de la loi chercherait encore, comme pour mieux peser sur un individu aux intérêts devenus tout puissants, l'assentiment particulier de chacun de ses justiciables⁽⁵⁹⁾. Si bien que jamais peut-être n'a-t-il été plus vrai qu'aujourd'hui que « *la volonté est la cause première du droit* »⁽⁶⁰⁾.

(54) V. *supra*, n° 10, *in fine*.

(55) V. *supra*, n° 114 et s., puis n° 335.

(56) V. *supra*, n° 21, *in medio*, spéc. note 44.

(57) V. *supra*, n° 26.

(58) Sur quoi, v. déjà PORTALIS qui, présentant au Corps législatif le projet de Titre préliminaire du Code civil, déclarait que « *Les lois sont des volontés* » : discours 3 frim. an X, in P. A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. VI, p. 43, et J.-G. Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. I, p. 329. Ou encore J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, 2^e éd., Defrénois, 1995, p. 279 : « *la législation est volonté avant que d'être texte* ».

(59) V. *supra*, n° 128, *in fine*.

(60) A. RIEG, « Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX^e siècle », *Arch. phil. dr.*, t. 3, *Le rôle de la volonté dans le droit*, 1958, pp. 125-133, spéc. p. 125, qui traduit ainsi « *le credo philosophique et juridique des XVIII^e et XIX^e siècles* ». En ce sens, v. en effet G. W. F. HEGEL, *Philosophie der Geschichte* [*Leçons sur la philosophie de l'histoire*], 1837, trad. J. Gibelin, 3^e éd., J. Vrin, 1967, rééd. 1987, p. 337 ; et même R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts* [*L'esprit du droit romain*], 3^e éd., t. IV, 1878, trad. O. de Meulenaere, éd. A. Marescq, 1888, p. 316, au moins à propos du droit objectif : « *On ne peut donner l'essence du droit, dans le sens objectif, sous une forme plus concise et plus précise qu'en disant qu'il est la volonté générale. Il est en effet de l'essence du droit de se réaliser, il faut que le droit en ait le pouvoir, et l'organe, le dépositaire de ce pouvoir, c'est la volonté. C'est la volonté seule, qui érige en règle du droit, en droit réel véritable, les idées juridiques – celles du législateur dans les lois, celles du peuple dans les coutumes. C'est la volonté qui en fait des forces que la vie doit modeler et diriger. Dépourvues de cette manifestation de leur force pratique à l'aide d'une réalisation constante, elles ne sont plus que des idées, des opinions comme toutes les autres, elles ne sont point des règles du droit.* », nonobstant l'analyse différente proposée par la suite des Droits subjectifs.

400. Une catégorie logique plutôt que pratique – Alors que la théorie de l'inexistence purge encore, après près d'un demi-siècle, la condamnation qui fut prononcée à son encontre au motif qu'elle ne serait qu'une catégorie pratique et nullement logique⁽⁶¹⁾, on s'est ici attaché à instruire son procès en révision en vue de démontrer précisément le contraire. Ce qui était condamnable, c'est l'instrumentalisation à laquelle on a voulu asservir la théorie, et aucunement le concept en tant que tel qui, débarrassé de ces scories, serait apparu dans toute sa neutralité. Mais ce qui ne l'est pas moins, c'est d'avoir préféré jeter le discrédit sur une notion que la jeunesse rendait vulnérable plutôt que de s'attaquer aux imperfections particulières de la théorie des nullités partout où celle-ci est spécialement et excessivement limitée. Car, ce qui a provoqué ces excès, ce sont en premier lieu ceux que les nullités continuent à entretenir impunément dans nombre de domaines, lorsque l'on prétend qu'elles ne pourraient être prononcées sans textes pour les fulminer⁽⁶²⁾, que l'on oblige à s'en prévaloir dans un délai ridiculement court⁽⁶³⁾, ou que l'on affirme encore qu'elles opéreraient sans rétroactivité⁽⁶⁴⁾.

(61) V. *supra*, n° 8.

(62) Pour la critique de ce principe tel qu'il se présente notamment en matière de mariage et d'actes de procédure, v. *supra*, n° 4.

(63) Ce qui est en particulier le cas du recours en excès de pouvoir exercé contre les actes de l'Administration, devenu désormais applicable sauf exceptions à tout recours administratif (C. just. adm., art. R. 421-1), et dont la critique a été souvent faite, depuis L. CROUZIL, « Le délai du recours pour excès de pouvoir », *RCLJ* 1931, pp. 153-165, où il est conclu en faveur de sa suppression pure et simple ; jusqu'à D. POUYAUD, « Les modes d'annulation du contrat administratif », *RDC* 2006, pp. 980-995, spéc. p. 994, note 77. Ou encore du même délai prescrit pour saisir la Cour de justice de l'Union européenne contre les actes des institutions communautaires ou des États membres : Traité CE, art. 230, puis Traité FUE, art. 263, dern. al. Sur l'utilisation de la théorie de l'inexistence pour échapper à cette contrainte, v. *supra*, n° 6, spéc. notes 105 et 132.

(64) Déjà discutable, quoique rarement discutée, aux cas du mariage putatif (C. civ., art. 201 et 202) et de la société (C. civ., art. 1844-15 ; C. com., art. L. 235-10), où la loi fait explicitement exception alors à la rétroactivité naturelle de la nullité, cette limitation temporelle de l'anéantissement surprend lorsque l'on prétend en étendre l'application à la disparition d'une clause de répartition de charges inscrite dans un règlement de copropriété (e.g. 3^e civ., 3 mai 1990, *Bull.*, III, n° 106 ; 7 avril 2004, *Bull.*, III, n° 74), ou désormais même à l'annulation d'un acte administratif (depuis CE, ass., 11 mai 2004, n° 255 886, *Assoc. AC !*, *Rec.*, p. 197 ; *RFDA* 2004, p. 454, concl. Ch. Devys ; *AJDA* 2004, p. 1183, obs. C. Landais et F. Lenica ; *Les grands arrêts jur. adm.*, par M. Long, P. Weil, G. Braibant *et al.*, 17^e éd., Dalloz, 2009, n° 114).

En bornant à l'avenir l'annulation de la clause du règlement de copropriété, le juge ne fait rien moins que de renoncer, devant la complexité du compte de restitution, à rétablir la légalité pour le passé. La justice le céderait ainsi à la simplicité, au détriment de ceux des copropriétaires qui auront payé à la place des autres. À bien des égards, on pourrait formuler la même critique à l'encontre du pouvoir que s'est récemment arrogé le juge administratif de maintenir les effets illicites passés des règlements annulés lorsqu'il lui apparaît que la rétroactivité de leur anéantissement entraînerait des conséquences « *manifestement excessives* ». Si l'on comprend bien que l'on puisse, faute de mieux, préférer cette fois une injustice à un désordre, il est difficile de ne pas voir que, dans aucune des affaires où le juge a jusqu'ici exercé cette faculté nouvelle, la continuité du service public, dont il s'agit en réalité, n'était véritablement menacée (sur quoi, v. *supra*, n° 229, spéc. note 841). Chaque fois qu'il en a été fait usage, ce fut bien plutôt pour éviter les complications qu'aurait entraînées la stricte application du droit dans des situations où elles auraient en effet été certaines. Mais faut-il vraiment s'abandonner ici encore aux charmes de la simplification au point d'allotir l'Administration d'un nouveau privilège – celui du fait accompli – et de priver ce faisant les administrés de leurs droits ?

Les règles les mieux reçues n'échappent pas elles-mêmes à la critique. Plutôt que de poser un principe anomal de non-rétroactivité de l'annulation du mariage à l'égard des époux de bonne foi, mais aussi des enfants qui en sont nés, on aurait peut-être mieux observé que cette exception paraît tout au plus concerner les effets produits sur leur statut personnel, du fait alors de l'inscription de l'acte sur les registres de l'état civil, et que, sauf à l'égard de l'époux convaincu de fraude, les effets qui s'attachent à cette inscription ont vocation, une fois transcrits, à perdurer en dépit de l'invalidation de l'acte qui la motivait, tant que l'on en n'opère pas la

(suite p. suiv.)

L'inexistence, pour sa part, est théoriquement juste et pratiquement indifférente. Elle se constate par une action qui répond en tout point à celle que l'on introduit pour faire prononcer la nullité absolue d'un contrat, et elle se règle par les mêmes conséquences⁽⁶⁵⁾. Pour l'une comme pour l'autre, c'est ici le droit commun qui a vocation à s'appliquer. En sorte que l'inexistence se présente finalement moins comme une théorie que comme une simple notion.

« Peut-être, dès lors, pourrait-on clore le débat tant de fois ouvert sur la question des actes inexistants, en reconnaissant que, s'il y a des cas d'inexistence d'actes distincts des cas de nullité, il n'y a pas, en général, d'intérêt pratique à rechercher si on est en présence d'un cas d'inexistence ou d'un cas de nullité radicale et absolue »⁽⁶⁶⁾.

401. Une reconnaissance paisible – Du fait de son innocuité, l'inexistence peut être enfin reconnue pour sanction de la formation du contrat sans heurter aucune disposition du droit positif. Plus encore, parce qu'elle se déduit directement des principes qui règlent d'ores et déjà la matière, sa reconnaissance ne nécessite pas même l'introduction d'une prescription particulière. Dès lors que l'inexistence vient logiquement sanctionner les conditions de la formation du contrat, qui sont déjà connues, et que ses effets sont ceux de toute forme d'anéantissement radical, lesquels sont assez éprouvés par ailleurs, le droit peut

rectification. Car, pour ce qui est des autres conséquences, notamment patrimoniales, de cette annulation, il serait probablement plus exact de reconnaître qu'elles ont vocation à disparaître rétroactivement et que, au sein du compte de restitution, la faute de celui des époux qui aura provoqué la nullité le contraindra à indemniser son conjoint du préjudice qui en résulterait pour lui, ce qui revient bien, mais par voie de conséquence seulement, à l'empêcher de lui opposer la rétroactivité de leur séparation. De fait, on cerne mal la raison pour laquelle on priverait les époux du droit de se prévaloir de cette rétroactivité naturelle lorsque tous deux sont de bonne foi : rien ne justifie alors de privilégier ainsi les intérêts de l'un sur ceux de l'autre, dont le seul tort sera d'avoir donné plus que le premier. Il s'y ajoute enfin, et ce n'est pas le moins, que les effets du mariage annulé sur le statut personnel des époux et des enfants ne font pas seulement exception à la rétroactivité de l'anéantissement mais à cet anéantissement lui-même, puisqu'ils persisteront pour l'avenir autant que pour le passé, comme il en va notamment pour la nationalité, la filiation ou le nom ainsi acquis. En foi de quoi l'annulation du mariage opérerait bien toujours de façon rétroactive, sauf là où elle n'opère pas du tout...

Pour ce qui est enfin de la nullité du contrat de société, on ne voit rien là encore qui imposait d'étendre au contrat constitutif une solution qui ne se justifie guère que pour la personne même de la société. S'il peut en effet paraître juridiquement fondé de limiter la dissolution de la personne morale à l'avenir, considérant que celle-ci procède moins du contrat annulé que, plus directement, de son inscription matérielle au registre du commerce et des sociétés – comme un statut personnel procède d'une inscription sur les registres de l'état civil – rien ne commande en revanche de lier l'anéantissement de l'accord des parties au sort de la personne morale qui en émane. L'essentiel de l'intérêt qui s'attache ici à la non-rétroactivité est déjà assuré par celle qui préside à la disparition de la personne de la société, sans qu'il fût besoin de l'étendre au contrat qui la précède (v. *supra*, n° 72, *in limine*). Quant aux sociétés dépourvues de personnalité morale, auxquelles la loi du 4 janvier 1978 a étendu la règle de non-rétroactivité que la loi du 24 juillet 1966 avait consacrée pour les seules sociétés personnifiées, le jeu de la théorie de l'apparence suffit encore à protéger les intérêts des tiers ou des associés de bonne foi, tout en soumettant en contrepartie au jeu naturel de la rétroactivité ceux qui auraient connu la nullité du contrat.

(65) V. *supra*, n° 13.

(66) Cette conclusion était, déjà, celle de TISSIER, qui, dans sa « *note magistrale* » – le compliment est de Saleilles, « La distinction entre l'inexistence et la nullité du mariage », *Bull. Soc. études lég.* 1911, p. 353, note 1 – réglait parfaitement et dans sa globalité la question de l'inexistence : note sous Req., 30 déc. 1902, *S.* 1903, I, p. 259, § 4.

ici faire, pour une fois, l'économie d'un texte⁽⁶⁷⁾. Il est plus utile de ce point de vue de se consacrer à la codification des principes, restés pour une large part non écrits ou disséminés, qui régissent la formation et l'anéantissement du contrat. Mais de cette autre entreprise au moins, la doctrine paraît s'être aujourd'hui saisie.

Si toutefois il venait à l'idée de ces rédacteurs de profiter de cette occasion historique pour consacrer l'inexistence en tant que notion juridique, on se permettrait de suggérer cette seule disposition : « *L'inexistence sanctionne les conditions constitutives de la formation du contrat. Ses effets sont ceux qui s'attachent à tout anéantissement radical du contrat ou de son apparence.* »

En inscrivant le mot dans son Code, la France, loin de marquer sa dilection pour les théories du passé, démontrerait sa faculté d'en digérer les outrances pour en extraire le fruit raisonné. Ce faisant, elle reprendrait, sur ce point au moins, l'initiative qu'il lui avait fallue à une autre époque pour découvrir le concept, là où, pour l'heure, il a surtout été question de s'aligner sur les droits étrangers.

402. Une sanction nécessaire – Qu'elle soit législative ou prétorienne, cette reconnaissance n'en est pas moins nécessaire. On aurait tort de conclure en effet de sa neutralité pratique l'inutilité du concept voire, pour les moins convaincus, de son étude même. Car l'inexistence se distingue autant de la nullité que celle-ci de la résolution : que le régime et les effets de ces diverses sanctions soient essentiellement les mêmes ne commande pas d'en confondre les causes. De la même façon que la science juridique a fini par extraire la résolution du voisinage de la nullité⁽⁶⁸⁾, le temps semble avoir suffisamment assagi l'inexistence pour qu'il lui soit enfin reconnu son autonomie. On ne peut pas, sans incohérence, continuer à enseigner et à appliquer le droit des contrats en distinguant, comme on le fait aujourd'hui, leurs conditions de formation de leurs conditions de validité tout en sanctionnant les unes et les autres de la même nullité⁽⁶⁹⁾. Il reste déterminant de distinguer ces différentes causes d'anéantissement si l'on entend dispenser la sanction

(67) Pour cette économie législative, v. égal. C. WITZ, « La consécration de l'inexistence par plusieurs instruments d'uniformisation du droit », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz / Litec, 2006, pp. 729-742, in fine, pp. 741-742.

(68) Il était courant, jusqu'au XIX^e siècle, de parler indistinctement d'annulation ou de résolution du contrat pour désigner la sanction de ses conditions de formation ou d'exécution. V. par ex. J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Le Clerc, Paris, 1777, 1^{re} part., liv. I^{er}, tit. I, sect. IV, *Des clauses résolutoires & des Clauses pénales*, in limine : « Les clause résolutoires sont celles par lesquelles on convient que la condition sera résolue en un certain cas : comme s'il est dit qu'une transaction sera annulée, si telle chose n'est faite ou donnée dans un tel tems. » ; ou encore *ibid.*, art. XIX : « lorsqu'il est dit qu'une vente, une transaction, ou un autre contrat sera résolu faute de paiement, il ne dépendra pas de celui qui doit payer d'annuler la convention en ne payant point. » ; R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, J. Debure, Paris, et V^{te} Rouzeau-Montaut, Orléans, 1772, n° 217, t. I, p. 228, in *Œuvres de Pothier*, par J. Bugnet, t. III, Paris, 1847, p. 90 : « L'acheteur est en droit de demander par l'action redhibitoire, la résolution et nullité du marché, et qu'en conséquence les choses soient remises au même état que s'il n'était pas intervenu » ; E. COLMET DE SANTERRE in A.-M. Demante, *Cours analytique de Code civil*, 2^e éd., par E. Colmet de Santerre, t. VII, Plon, 1888, n° 28 bis, VI, p. 55 : « Qu'est-ce en effet que résoudre un contrat ? C'est l'anéantir, le rendre sans effet, sans force, le rendre nul. » Et de fait, il n'était pas faux, sémantiquement au moins, d'employer le terme de résolution pour viser tout anéantissement rétroactif, soit l'effet plutôt que la cause.

(69) V. par ex. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil – Les obligations*, t. 2, Contrat, 6^e éd., Litec, 1998.

juridique à raison et éviter d'entretenir par là un flou dont l'arbitraire, plutôt que le droit, se nourrit toujours.

Alors, on reconnaîtra la réalité incontournable de l'inexistence comme sanction des conditions de formation des contrats⁽⁷⁰⁾, et l'assurance intellectuelle que l'on gagnera à l'employer rassérènera. Car l'inexistence n'est pas un instrument de dérèglement théorique. Elle est une notion juridique.

⁽⁷⁰⁾ Rappr. P. HÉBRAUD, obs. sur Trib. civ. Seine, ord. référé, 19 juin 1957, *RTD civ.* 1958, p. 123 : « Une fois encore, par conséquent, on constate que la notion d'inexistence présente une réalité intellectuelle et pratique incontestable. »

BIBLIOGRAPHIE

I. TRAITÉS, MANUELS ET AUTRES OUVRAGES GÉNÉRAUX

A. Avant 1970 *

- GROTIUS (Hugo), *De jure belli ac pacis* [*Le droit de la guerre et de la paix*], A. Junghans, Lund, Suède, 1625, 2 vol. ; trad. et annot. J. Barbeyrac, éd. P. de Coup, Amsterdam, 1724, 2 vol. ; trad. P. Pradier-Fodéré, éd. Guillaumin, Paris, 1867, 3 vol.
- PUFENDORF (Samuel von), *De jure naturae et gentium* [*Le droit de la nature et des gens*], Paris, 1672 ; trad. J. Barbeyrac, G. Kuyper, Amsterdam, 1706 ; 5^e éd., V^{ve} P. de Coup, Amsterdam, et Briasson, Paris, 1734, 2 vol.
- DOMAT (Jean), *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Coignard, Paris, 1689-1697 ; 2^e éd., Le Clerc, Paris, 1777
- BOURJON (François), *Le droit commun de la France et la coutume de Paris*, 1747 ; 2^e éd., Grangé & Cellot, Paris, 1770, 2 vol.
- ARGOU (Gabriel) *Institution au droit français*, Paris, 1692 ; 11^e éd., par A.-G. Boucher d'Argis, éd. Bailly, Paris, 1773
- POTHIER (Robert-Joseph), *Traité des obligations*, 1761, nouv. éd., J. Debure, Paris, et V^{ve} Rouzeau-Montaut, Orléans, 1774, 2 vol., in *Œuvres de Pothier*, par J. Bugnet, t. II, Cosse et Delamotte, Paris, 1848
- POTHIER (Robert-Joseph), *Traité du contrat de vente*, 1762, nouv. éd., J. Debure, Paris, et V^{ve} Rouzeau-Montaut, Orléans, 1772, in *Œuvres de Pothier*, par J. Bugnet, t. III, Cosse et Delamotte, Paris, 1847
- POTHIER (Robert-Joseph), *Traité des contrats de bienfaisance*, 1755-1767, nouv. éd., J. Debure, Paris, et V^{ve} Rouzeau-Montaut, Orléans, 1775, 3 vol., in *Œuvres de Pothier*, par J. Bugnet, t. V, Cosse et Delamotte, Paris, 1847
- COMMAILLE (J.-A.), *Nouveau traité des obligations suivant les principes du Code civil*, Égron, Paris, 1805
- MALEVILLE (Jacques, Marquis de), *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, Garnery et Laporte, Paris, 1805 ; 3^e éd., Nève, Paris, 1822, 4 vol.
- DELVINCOURT (Claude-Étienne), *Cours de Code Napoléon*, P. Gueffier, Paris, 1813, 2 vol. ; 3^e éd., *Cours de Code civil*, Delestre-Boulage, Paris, 1824, 3 vol.
- TOULLIER (Charles), *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code*, B. Warée, Paris, 1811-1818, 8 vol. ; 5^e éd., J. Renouard *et al.*, Paris, 1828-1839, 14 vol.
- DUVERGIER (Jean-Baptiste), sur Ch. Toullier, *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code*, 5^e éd., t. XVI à XXI, J. Renouard *et al.*, Paris, 1835-1843, 6 vol.
- TROPLONG (Raymond-Théodore), *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, t. V et VI, *De la vente*, Ch. Hingray, Paris, 1834, 2 vol. ; 5^e éd., H. Plon, Paris, 1856, 2 vol.
- TROPLONG (Raymond-Théodore), *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, t. XIV, *Du prêt*, Ch. Hingray, Paris, 1845
- TROPLONG (Raymond-Théodore), *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, t. XVI, *Du Mandat*, Ch. Hingray, Paris, 1846
- DURANTON (Alexandre), *Cours de droit français suivant le Code civil*, Nève, Paris, 1825-1842, 22 vol. ; 4^e éd., G. Thorel et Guilbert, Paris, 1844-1845, 22 vol.
- DEMANTE (Antoine-Marie), *Programme du Cours de droit civil français fait à la Faculté de droit de Paris*, A. Gobelet, Paris, 1830-1833, 3 vol.

* Les ouvrages antérieurs à 1970, les répertoires, les recueils et les volumes de collections sont signalés suivant l'ordre chronologique de leurs éditions de référence et en tenant compte des continuations éventuelles.

- DEMANTE (Antoine-Marie), *Cours analytique de Code civil*, Thorel, Paris, 1849-1855, 3 vol.
- COLMET DE SANTERRE (Édouard), sur A.-M. Demante, *Cours analytique de Code civil*, 2^e éd., H. Plon, Paris, 1881-1889, 9 vol. ; 3^e éd., t. I et II, 1895-1896, 2 vol.
- ZACHARIAË (Karl Salomo), *Handbuch des französischen Civilrechts*, E. Mohr, Heidelberg, 1808, 2 vol. ; 4^e éd., 1837, 4 vol. ; 5^e éd., par A. Anschütz, Heidelberg, 1853, 4 vol.
- AUBRY (Charles) et RAU (Charles), *Cours de droit civil français traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae*, F. Lagier, Strasbourg, 1839-1846, 5 vol.
- AUBRY (Charles) et RAU (Charles), *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4^e éd., Marchal, Billard & Cie, 1869-1878, 8 vol.
- AUBRY (Charles) et RAU (Charles), *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 5^e éd., par G. Rau et Ch. Falcimaigne (t. I-V), puis E. Bartin (t. VI-XII), Marchal et Godde, Paris, 1897-1922, 12 vol. ; 6^e éd., par E. Bartin (t. I-IV), puis P. Esmein (t. V-XII), Éditions techniques, puis Librairies techniques, 1935-1959, 12 vol.
- MASSÉ (Gabriel) et VERGÉ (Charles), *Le Droit civil français par K.-S. Zachariae, Traduit de l'allemand sur la cinquième édition. Annoté et rétabli suivant l'ordre du Code Napoléon*, A. Durand, Paris, 1854-1860, 5 vol.
- MARCADÉ (Victor), *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, Cotillon, Paris, 1842, 3 vol. ; 5^e éd., 1852-1856, 7 vol. ; 8^e éd., par P. Pont, 1884-1894, 6 vol.
- PONT (Paul), sur V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 7^e éd., t. VII à XII, Delamotte & Fils, Paris, 1874-1884, 7 vol.
- MOURLON (Frédéric), *Répétitions écrites sur le Code civil*, A. Marescq, Paris, 1847, 3 vol. ; 7^e éd., 1866, 3 vol. ; 13^e éd., par Ch. Demangeat, éd. Garnier Frères, Paris, 1896, 3 vol.
- DEMOLOMBE (Charles), *Cours de Code civil*, 1845- ; 7^e éd., *Cours de Code Napoléon*, A. Durand, G. Pedone-Lauriel et al., Paris, 1878-1887, 31 vol.
- GUILLOUARD (Louis), *Traité divers sur les contrats spéciaux, faisant suite à l'ouvrage inachevé de Demolombe*, A. Durand et G. Pedone-Lauriel, Paris, 1884-1901 ; 3^e éd., A. Pedone, Paris, 1891-1904
- SAVIGNY (Friedrich Karl von), *System des heutigen römischen Rechts [Traité de droit romain]*, Veit, Berlin, 1840-1850 ; 2^e éd., 1851-1856, trad. Ch. Guénoux, éd. F. Didot, Paris, 1855-1860, 8 vol.
- SAVIGNY (Friedrich Karl von), *Das Obligationenrecht [Le droit des obligations]*, Berlin, 1851, trad. C. Gerardin et P. Jozon, 2^e éd., A. Durand, 1872-1873, 2 vol.
- JHERING (Rudolf von), *Geist des römischen Rechts [L'esprit du droit romain]*, Breitkopf & Härtel, Leipzig, 1852-1858 ; 3^e éd., 1873, trad. O. de Meulenaere, éd. A. Marescq aîné, Paris, 1886-1888, 4 vol.
- LAROMBIÈRE (Léobon), *Théorie et pratique des obligations*, A. Durand, Paris, 1857-1862, 5 vol. ; 2^e éd., G. Pedone-Lauriel, Paris, 1885, 7 vol.
- LAURENT (François), *Principes de droit civil*, Bruylant-Christophe, Bruxelles, 1869 ; 3^e éd., A. Marescq aîné, Paris, 1878, 33 vol.
- ACOLLAS (Émile), *Manuel de droit civil*, E. Thorin, Paris, 1869-1871, 3 vol. ; 2^e éd., Germes-Baillière, Paris, 1874-1875, 3 vol.
- ACOLLAS (Émile), *Introduction à l'étude du droit*, A. Chevalier-Marescq, Paris, 1885
- BUFNOIR (Charles), *Propriété et contrat*, A. Rousseau, Paris, 1900 ; 2^e éd. conforme, préf. E. Bartin, 1921 ; rééd. LGDJ, publ. Fac. Poitiers, 2005
- HUC (Théophile), *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, F. Pichon, Paris, 1892-1903, 15 vol.
- BAUDRY-LACANTINERIE (Gabriel), *Précis de droit civil*, L. Larose & Forcel, Paris, 1882-1884, 3 vol. ; 10^e éd., Sirey, 1908-1910, 3 vol.
- BAUDRY-LACANTINERIE (Gabriel) (dir.), *Traité théorique et pratique de droit civil*, L. Larose, Paris, 1895-1899, 25 vol. ; 3^e éd., L. Larose et L. Tenin, Paris, 1905-1909, 29 vol.
- BONNECASE (Julien), *Supplément au Traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie*, Sirey, Paris, 1924-1935, 6 vol.
- LYON-CAEN (Charles) et RENAULT (Louis), *Traité de droit commercial*, F. Pichon, Paris, 1889-1893 ; 5^e éd., LGDJ, 1921-1926, 8 vol.
- THALLER (Edmond), *Traité général théorique et pratique de droit commercial*, A. Rousseau, Paris, 1908-1914, 4 vol.
- PLANIOL (Marcel), *Traité élémentaire de droit civil*, F. Pichon, Paris, 1899-1901, 3 vol. ; 9^e éd., F. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1922-1924, 3 vol.
- PLANIOL (Marcel) et RIPERT (Georges) (dir.), *Traité pratique de droit civil français*, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1925-1934, 14 vol. ; 2^e éd., LGDJ, Paris, 1951-1963, 14 vol.

- RIPERT (Georges) et BOULANGER (Jean), *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol*, LGDJ, 1956-1961, 5 vol.
- BEUDANT (Charles), *Cours de droit civil*, publ. par R. Beudant, éd. A. Rousseau, Paris, 1896-1908, 5 vol. ; 2^e éd., *Cours de droit civil français*, publ. par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, éd. A. Rousseau, 1934-1953, 20 vol.
- COLIN (Ambroise) et CAPITANT (Henri), *Cours élémentaire de droit civil français*, Dalloz, Paris, 1914-1916, 3 vol. ; 8^e éd., avec le concours de L. Julliot de La Morandière, 1934-1936, 3 vol.
- CAPITANT (Henri), *Introduction à l'étude du droit civil*, A. Pedone, Paris, 1898 ; 5^e éd., 1929
- DEMOGUE (René), *Les Notions fondamentales du droit privé*, Libr. nouv. dr. et jurispr., Paris, 1911
- DEMOGUE (René), *Traité des obligations en général*, A. Rousseau, Paris, 1923-1933, 7 vol.
- GAUDEMET (Eugène), *Théorie générale des obligations*, publ. par H. Desbois et J. Gaudemet, préf. H. Capitant, Sirey, Paris, 1937 ; rééd. Dalloz, Paris, 2004, présent. D. Mazeaud
- JOSSERAND (Louis), *Cours de droit civil positif français*, Sirey, Paris, 1929-1930 ; 3^e éd., 1937-1940
- JÈZE (Gaston), *Les principes généraux du droit administratif*, t. IV, *Théorie générale des contrats de l'administration : formation et exécution des contrats*, 3^e éd., M. Giard, Paris, 1934
- SOLUS (Henry), *Les principes du droit civil*, A. Colin, Paris, 1933 ; 4^e éd., 1958
- SAVATIER (René), *Cours de droit civil*, R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1942-1945 ; 2^e éd., LGDJ, Paris, 1947-1951, 3 vol.
- SAVATIER (René), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, Paris, 1948 ; 2^e éd., 1952-1959, 3 vol. ; 3^e éd., 1964 (t. I)
- SAVATIER (René), *La théorie des obligations en droit privé économique*, Dalloz, Paris, 1967 ; 4^e éd., 1979

B. Depuis 1970

- ANTONMATTEI (Paul-Henri) et RAYNARD (Jacques), *Les contrats spéciaux*, 6^e éd., Litec, 2008
- ATIAS (Christian), *Le contrat dans le contentieux contractuel*, 5^e éd., Litec, 2010
- AUBERT (Jean-Luc), *Introduction au droit*, 13^e éd., A. Colin, 2010, par E. Savaux
- AUBERT (Jean-Luc), *Le contrat – Droit des obligations*, 3^e éd., Dalloz, Connaissance du droit, 2005
- BARBIERI (Jean-Jacques), *Contrats civils, contrats commerciaux*, A. Colin, 1995
- BÉNABENT (Alain), *Droit civil – La famille*, 11^e éd., Litec, 2003 ; nouv. éd., Montchrestien, 2010
- BÉNABENT (Alain), *Droit civil – Les obligations*, 12^e éd., Montchrestien, 2010
- BÉNABENT (Alain), *Droit civil – Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9^e éd., Montchrestien, 2011
- BUFFELAN-LANORE (Yvaine) et LARRIBAU-TERNEYRE (Virginie), *Droit civil – Les obligations*, 12^e éd., Sirey, 2010
- CARBONNIER (Jean), *Droit civil – Introduction*, 21^e éd., PUF, 2000 ; rééd. Quadriga, PUF, 2004
- CARBONNIER (Jean), *Droit civil*, t. 2, *La famille, l'enfant, le couple*, 21^e éd., PUF, 2002 ; rééd. Quadriga, PUF, 2004
- CARBONNIER (Jean), *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 22^e éd., PUF, 2000 ; rééd. Quadriga, PUF, 2004
- COLLART DUTILLEUL (François) et DELEBECQUE (Philippe), *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011
- CORNU (Gérard), *Droit civil – Introduction*, 13^e éd., Montchrestien, 2007
- CORNU (Gérard), *Droit civil – La famille*, 9^e éd., Montchrestien, 2006
- COZIAN (Maurice), VIANDIER (Alain) et DEBOISSY (Florence), *Droit des sociétés*, 24^e éd., Litec, 2011
- DELEBECQUE (Philippe) et PANSIER (Frédéric-Jérôme), *Droit des obligations – Contrat et quasi-contrat*, 5^e éd., Litec, 2010
- DIDIER (Paul), *Droit commercial*, div. éd., PUF, 1999, 4 vol. ; nouv. éd., Economica, 2005-2011, 2 vol., avec Ph. Didier
- DROSS (William), *Clausier – Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 2^e éd., Litec, 2010
- FABRE-MAGNAN (Muriel), *Droit des obligations*, 2^e éd., PUF, 2010, 2 vol.
- FAGES (Bertrand), *Droit des obligations*, 3^e éd., LGDJ, 2011
- FENOUILLET (Dominique), *Droit de la famille*, 2^e éd., Dalloz, 2008
- FLOUR (Jacques), AUBERT (Jean-Luc) et SAVAUX (Éric), *Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, 14^e éd., A. Colin, 2010, par E. Savaux
- GHESTIN (Jacques) et GOUBEAUX (Gilles), *Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994, collab. M. Fabre-Magnan

- GHESTIN (Jacques), *Les obligations – Le contrat : formation*, 2^e éd., LGDJ, 1988 ; 3^e éd., *Les obligations – La formation du contrat*, LGDJ, 1993
- GHESTIN (Jacques) et DESCHÉ (Bernard), *Traité des contrats – La vente*, LGDJ, 1990
- GRIDEL (Jean-Pierre), *Introduction au droit et au droit français*, 2^e éd., Dalloz, 1994
- GROSS (Bernard) et BIHR (Philippe), *Contrats – Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, 2^e éd., PUF, 2002
- GUETIER (Christophe), *Droit des contrats administratifs*, 3^e éd., PUF, 2011
- GUYON (Yves), *Droit des affaires*, 12^e et 9^e éd., Economica, 2003, 2 vol.
- HAUSER (Jean), *Les contrats*, 4^e éd., PUF, Que sais-je ?, 2002
- HAUSER (Jean) et HUET-WEILLER (Danièle), *La famille – Fondation et vie de la famille*, 2^e éd., LGDJ, 1993
- HUET (Jérôme), *Les principaux contrats spéciaux*, 2^e éd., LGDJ, 2001
- LARROUMET (Christian), *Droit civil*, t. I, *Introduction à l'étude du droit privé*, 5^e éd., Economica, 2006
- LARROUMET (Christian), *Droit civil*, t. III, *Les obligations – Le contrat*, 1^{re} part., *Les conditions de formation*, 6^e éd., Economica, 2007
- LAUBADÈRE (André de), *Traité des contrats administratifs*, 2^e éd., LGDJ, 1983-1984, par F. Moderne et P. Delvolvé, 2 vol.
- LE CANNU (Paul) et DONDERO (Bruno) *Droit des sociétés*, 4^e éd., Montchrestien, 2011
- LE TOURNEAU (Philippe), *Droit de la responsabilité et des contrats*, 8^e éd., Dalloz, 2010
- MAINGUY (Daniel), *Contrats spéciaux*, 7^e éd., Dalloz, 2010
- MALAURIE (Philippe), AYNÈS (Laurent) et GAUTIER (Pierre-Yves), *Les contrats spéciaux*, 5^e éd., Defrénois, 2011
- MALAURIE (Philippe), AYNÈS (Laurent) et STOFFEL-MUNCK (Philippe), *Les obligations*, 5^e éd., Defrénois, 2011
- MALAURIE (Philippe) et FULCHIRON (Hugues), *La famille*, 4^e éd., Defrénois, 2011
- MALAURIE (Philippe) et MORVAN (Philippe), *Introduction au droit*, 3^e éd., Defrénois, 2009
- MALINVAUD (Philippe), *Introduction à l'étude du droit*, 13^e éd., Litec, 2011
- MALINVAUD (Philippe) et FENOUILLET (Dominique), *Droit des obligations*, 11^e éd., Litec, 2010
- MARTY (Gabriel) et RAYNAUD (Pierre), *Introduction générale à l'étude du droit*, 2^e éd., Sirey, 1972
- MARTY (Gabriel) et RAYNAUD (Pierre), *Les personnes*, 3^e éd., Sirey, 1976, par P. Raynaud
- MARTY (Gabriel) et RAYNAUD (Pierre), *Les obligations*, t. I, *Les sources*, Sirey, 1988
- MARTY (Gabriel), RAYNAUD (Pierre) et JESTAZ (Philippe), *Les obligations*, t. II, *Le régime*, Sirey, 1989
- MAZEAUD (Henri et Léon), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6^e éd., Montchrestien, 1965-1983, 4 vol.
- MAZEAUD (Henri, Léon et Jean) et CHABAS (François), *Leçons de droit civil*, t. I, vol. 1, *Introduction à l'étude du droit*, 12^e éd., Montchrestien, 2000, par F. Chabas
- MAZEAUD (Henri, Léon et Jean) et CHABAS (François), *Leçons de droit civil*, t. I, vol. 3, *Famille*, 7^e éd., Montchrestien, 1995, par L. Leveneur
- MAZEAUD (Henri, Léon et Jean) et CHABAS (François), *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1, *Obligations – Théorie générale*, 9^e éd., Montchrestien, 1998, par F. Chabas
- MAZEAUD (Henri, Léon et Jean) et CHABAS (François), *Leçons de droit civil*, t. III, vol. 2, *Principaux contrats : vente et échange*, 7^e éd., Montchrestien, 1987, par M. de Juglart
- MERCADAL (Barthélemy), *Contrats et droit de l'entreprise*, 15^e éd., F. Lefebvre, 2007
- MOUSSERON (Jean-Marc), *Technique contractuelle*, 3^e éd., F. Lefebvre, 2005, par P. Mousseron, J. Raynard et J.-B. Seube
- RICHER (Laurent), *Droit des contrats administratifs*, 7^e éd., LGDJ, 2010
- RIPERT (Georges) et ROBLOT (René), *Traité de droit commercial*, div. éd., LGDJ, 2001-2011, par M. Germain, L. Vogel, Ph. Delebecque et V. Magnier, 3 vol.
- SCARANO (Jean-Pierre), *Dictionnaire de droit des obligations*, 2^e éd., Ellipses, 2004
- SCHMIDT-SZALEWSKI (Joanna), *Négociation et conclusion de contrats*, Dalloz, 1982
- SÉRIAUX (Alain), *Droit des obligations*, 2^e éd., PUF, 1998
- STARCK (Boris), ROLAND (Henri) et BOYER (Laurent), *Droit civil – Les obligations*, t. 2, *Contrat*, 6^e éd., Litec, 1999, par H. Roland et L. Boyer
- TERRÉ (François), *Introduction générale au droit*, 8^e éd., Dalloz, 2009
- TERRÉ (François) et FENOUILLET (Dominique), *Droit civil – La famille*, 8^e éd., Dalloz, 2011
- TERRÉ (François), SIMLER (Philippe) et LEQUETTE (Yves), *Droit civil – Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, 2009

- TESTU (François-Xavier), *Contrats d'affaires*, Dalloz, 2010
 VINEY (Geneviève), *Introduction à la responsabilité*, 3^e éd., LGDJ, 2008
 VINEY (Geneviève) et JOURDAIN (Patrice), *Les conditions de la responsabilité*, 3^e éd., LGDJ, 2006

C. Sources historiques

- BART (Jean), *Histoire du droit privé de la chute de l'Empire romain au XIX^e siècle*, 2^e éd., Montchrestien, 2009
 BASDEVANT-GAUDEMET (Brigitte), *Introduction historique au droit – XIII^e-XX^e siècle*, LGDJ, 2000
 BEAUNE (Henri), *Droit coutumier français*, L. Larose & Forcel, 1880-1889, 4 vol.
 BRÉGI (Jean-François), *Droit romain : les obligations*, Ellipses, 2006
 BRISSAUD (Jean-Baptiste), *Manuel d'histoire du droit privé*, 2^e éd., E. de Boccard, 1935, par J. Brissaud
 CHEVREAU (Emmanuelle), MAUSEN (Yves) et BOUGLÉ (Claire), *Histoire du droit des obligations*, 2^e éd., LexisNexis, 2011.
 DEROUSSIN (David), *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007
 ESMEIN (Adhémar), *Études sur les contrats dans le très-ancien droit français*, L. Larose & Forcel, 1883
 ESMEIN (Adhémar), *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 11^e éd., Sirey, 1912
 GARAUD (Marcel), *Histoire générale du droit privé français de 1789 à 1804*, PUF, 1953-1978, 3 vol.
 GAUDEMET (Jean), *Droit privé romain*, 3^e éd., Montchrestien, par E. Chevreau, 2009
 GAZZANIGA (Jean-Louis), *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, 1992
 GIFFARD (André Edmond), *Précis de droit romain*, 3^e et 4^e éd., Dalloz, 1951, 2 vol.
 GILISSEN (John), *Introduction historique au droit civil*, 2^e éd., Bruylant, 1979
 GIRARD (Paul Frédéric), *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd., Dalloz, 1929, par F. Senn, rééd. Dalloz, 2003, présent. J.-Ph. Lévy
 GLASSON (Ernest), *Histoire du droit et des institutions de la France*, F. Pichon, 1887-1903, 8 vol.
 HALPÉRIN (Jean-Louis), *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 2^e éd., PUF, 2001
 HALPÉRIN (Jean-Louis), *Histoire des droits en Europe de 1750 à nos jours*, 2^e éd., Flammarion, 2006
 IMBERT (Jean), *Histoire du droit privé*, 8^e éd., PUF, Que sais-je ?, 1996
 LEFEBVRE-TEILLARD (Anne), *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, 1996
 LEPOINTE (Gabriel) et MONIER (Raymond), *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Sirey, 1954
 LÉVY (Jean-Philippe), *Cours d'histoire du droit privé – Les obligations*, Les Cours de droit, Paris, 1964-1965
 LÉVY (Jean-Philippe) et CASTALDO (André), *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, 2010
 MAINE (Henry SUMNER), *L'ancien droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes*, 4^e éd., trad. J.-G. Courcelle Seneuil, éd. A. Durand et P. Lauriel, 1874
 MONIER (Raymond), *Manuel de droit romain*, 5^e éd., Montchrestien, 1945-1954, 2 vol. ; 6^e éd., 1947 (t. I)
 OURLIAC (Paul) et MALAFOSSE (Jehan de), *Histoire du droit privé*, 2^e éd., PUF, 1969-1971, 3 vol.
 PETOT (Pierre), *Histoire du droit privé français – La famille*, Loysel, préf. J. Gaudemet, annot. C. Bontems, 1992
 VIOLLET (Paul), *Précis de l'histoire du droit français*, 3^e éd., L. Larose & Forcel, 1905

D. Sources étrangères

- ATIYAH (Patrick S.), *Essays on Contract*, 2nd éd., Clarendon Paperbacks, Oxford Univ. Press, 1990
 BAUDOUIN (Jean-Louis) et JOBIN (Pierre-Gabriel), *Les obligations*, 6^e éd., Y. Blais, Cowansville, Québec, 2005, collab. N. Vezina
 BEALE (Hugh G.), BISHOP (William D.) et FURMSTON (Michael P.), *Contract – Cases & Materials*, Oxford University Press Publishing, 5th éd., 2007
 BEALE (Hugh G.), HARTKAMP (Arthur), KÖTZ (Hein) and TALLON (Denis), *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Portland, Oregon, 2002
 CALAMARI (John D.) and PERILLO (Joseph M.), *Calamari and Perillo on Contracts*, 5th éd., Thomson & West, New York, 2003, by J. M. Perillo
 CHESHIRE (Geoffrey), FIFOOT (Cecil Herbert Stuart) and FURMSTON (Michael P.), *Law of Contract*, 15th éd., Oxford Univ. Press, 2006
 CHITTY (Joseph), *A Treatise on the Law of Contracts*, 29th éd., Sweet & Maxwell, London, 2006, by H. Beale

- ENGEL (Pierre), *Traité des obligations en droit suisse*, Ides et Calendes, Neuchâtel, 1973
- ENGEL (Pierre), *Contrats de droit suisse*, 2^e éd., Staempfli, Berne, 2000
- FARNSWORTH (Edward Allan), *Contracts*, 3rd éd., Aspen Publishers, New York, 2004, 3 vol.
- FERRAND (Frédérique), *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997
- FROMONT (Michel), *Droit allemand des affaires*, Montchrestien, 2001
- FROMONT (Michel) et RIEG (Alfred), *Introduction au droit allemand*, Cujas, 1977-1991, 3 vol.
- FURMSTON (Michael P.), *The Law of Contract*, 2nd éd., Butterworths, Londres, 2003
- GORLA (Gino), *Il contratto – Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casuistico*, Giuffrè, Milano, 1954, 2 vol.
- GUGGENHEIM (Daniel), *Le droit suisse des contrats – Principes généraux*, Georg, Genève, 1991-1995, 2 vol.
- KÖTZ (Hein) and FLESSNER (Axel), *European Contract Law*, Clarendon Paperbacks, Oxford Univ. Press, 1998
- LARENZ (Karl), *Lehrbuch des Schuldrechts*, 14^e éd., C. H. Beck, München, 1986-1987, 2 vol.
- MARKESINIS (Basil) et al., *The German Law of Contract – A Comparative Treatise*, 2nd éd., Hart Publishing, 2006
- MCKENDRICK (Ewan), *Contract Law – Text, cases and materials*, 2nd éd., Oxford Univ. Press, 2003
- OWSIA (Parviz), *Formation of Contract – A Comparative Study under English, French, Islamic and Iranian law*, Graham & Troman, London, 1994
- PAGE (Henri de), *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruylant, Bruxelles, 1933-1952, 10 vol.
- PÉDAMON (Michel), *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd., LGDJ, 2004
- PINEAU (Jean), BURMAN (Danièle) et GAUDET (Serge), *Théorie des obligations*, 4^e éd., Thémis, Montréal, 2001
- ROPPO (Vincenzo), *Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2001
- SACCO (Rodolfo), *Trattato di diritto civile – Il contratto*, Utet, Torino, 1993, 2 vol.
- SCHLESINGER (Rudolf B.) (dir.), *Formation of Contracts – A Study of the Common core of Legal systems*, collab. P. Bonassies, Dobbs Ferry Edition, NY, 1968, 2 vol.
- TREITEL (Gunter), *The Law of Contract*, 11th éd., Sweet & Maxwell, London, 2003
- VAN OMMESLAGHE (Pierre), *Droit des obligations*, Bruylant, Bruxelles, 2010, 3 vol.
- VON MEHREN (Arthur Taylor) (dir.), *International encyclopedia of comparative law*, IALS, Mohr & Siebeck, Tübingen, 1971-, 17 vol.
- WITZ (Claude), *Droit privé allemand*, Litec, 1992

II. RÉPERTOIRES, RECUEILS, ENCYCLOPÉDIES, DICTIONNAIRES ET AUTRES OUVRAGES COLLECTIFS

A. Répertoires *

- RAGUEAU (François), *Glossaire du droit français*, Paris, 1583 ; nouv. éd. rev., corr. et augm. par E. de Laurière, Paris, 1704 ; nouv. éd. rev., corr. et augm. par A. de Leusèbe, éd. L. Favre, Niort, 1882
- FERRIÈRE (Claude-Joseph de), *Glossaire du droit français*, M. Brunet, Paris, 1734 ; 2^e éd., V^{ve} Prudhomme, Paris, 1740 ; 3^e éd., Th. Legras, Paris, 1754 ; 10^e éd., J. Dupleix, Toulouse, 1787
- ROUSSEAU DE LA COMBE (Guy du), *Recueil de jurisprudence civile du pays de droit écrit et coutumier*, Mesnier, Paris, 1736, nouv. éd., 1785
- DENISART (Jean-Baptiste), *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Savoye, Paris, 1757, 4 vol. ; 7^e éd., V^{ve} Desaint et Lamy, Paris, 1771, 4 vol. ; 8^e éd., par Camus et Bayard, 1783-1807, 14 vol. (jusq. v^o Hypothèque)
- GUYOT (Pierre) (dir.), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiaire*, P. Dorez, Paris, 1775-1783, 64 vol.
- MERLIN (Philippe-Antoine, Comte de Douai), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e éd., Garnery et Roret, Paris, 1827-1828, 18 vol.

* Les ouvrages antérieurs à 1970, les répertoires, les recueils et les volumes de collections sont signalés suivant l'ordre chronologique de leurs éditions de référence et en tenant compte des continuations éventuelles.

- MERLIN (Philippe-Antoine, Comte de Douai), *Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus fréquemment devant les tribunaux*, Danel, Paris, 1803-1804, 9 vol. ; 4^e éd., Garnery, Paris, 1827-1830, 8 vol.
- FAVARD DE LANGLADE (Guillaume-Jean, Baron de), *Répertoire de la nouvelle législation civile, commerciale et administrative*, F. Didot, Paris, 1823-1824, 5 vol.
- DALLOZ (Désiré et Armand), *Jurisprudence générale – Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Dalloz, Paris, 1824-1832, 12 vol. ; 2^e éd., 1846-1870, 44 vol.
- FUZIER-HERMAN (Édouard) (dir.), *Répertoire général alphabétique du droit français*, L. Larose & Forcel, Paris, 1886-1907, 37 vol.
- AUBERT (Jean-Luc) (dir.), *Encyclopédie juridique – Répertoire de droit civil*, 3^e éd., Dalloz, Paris, 1991-, 11 vol.
- CATALA (Pierre) (dir.), *Juris-Classeur Civil*, LexisNexis, Paris, 2000-, 37 vol.
- FAGES (Bertrand) (dir.), *Lamy – Droit du contrat*, Lamy, Paris, 1999-

B. Recueils *

- ISAMBERT (François-André), *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, H. Plon, Paris, 1822-1833, 29 vol.
- DUVERGIER (Jean-Baptiste), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, avis du Conseil d'État*, Guyot et Scribe, puis Sirey, Paris, 1834-1949, 149 vol.
- FENET (Pierre Antoine), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Videcoq, Paris, 1827-1829, 15 vol.
- LOCRE (Jean-Guillaume, Baron de), *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Treuttel et Würtz, Paris, 1827-1832, 31 vol.
- CAPITANT (Henri), TERRÉ (François) et LEQUETTE (Yves), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12^e éd., Dalloz, 2007-2008, 2 vol.

C. Dictionnaires

- ALLAND (Denis) et RIALS (Stéphane) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003
- ARNAUD (André-Jean) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Story-Scienta, Bruxelles, 1988 ; 2^e éd., LGDJ, 1993
- CABRILLAC (Rémy) (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 3^e éd., Litec, 2008
- CAPITANT (Henri) (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 1936
- CORNU (Gérard) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Assoc. H. Capitant, PUF, 1987 ; 8^e éd., 2000 ; Quadrige, 8^e éd., 2007
- GUINCHARD (Serge) et DEBARD (Thierry) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 18^e éd., Dalloz, 2010
- ROLAND (Henri) et BOYER (Laurent), *Locutions latines du droit français*, 4^e éd., Litec, 1998
- ROLAND (Henri) et BOYER (Laurent), *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, 1999
- SAVATIER (René), *Nouveau dictionnaire pratique de droit*, Dalloz, Paris, 1933-1935, 3 vol.

D. Études dirigées

- BOUDOT (Michel) et VECCHI (Paolo-Maria) (coord.), *La théorie des nullités*, colloque 23 et 24 mars 2007, Fac. dr. et sc. soc. Poitiers, LGDJ, 2009
- CADIET (Loïc) (coord.), *Le droit contemporain des contrats*, préf. G. Cornu, Actes séminaire 1985-1986, Fac. sc. jur. Rennes, Economica, Paris, 1987
- FONTAINE (Marcel) (dir.), *Le processus de formation du contrat – Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bibl. Fac. dr. Univ. cath. Louvain, t. XXXV, Bruylant, Bruxelles, et LGDJ, Paris, 2002
- PRIETO (Catherine) (dir.), *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, av.-pr. J. Mestre, PUAM, 2003
- RÉMY-CORLAY (Pauline) et FENOUILLET (Dominique) (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, colloque 30 et 31 janv. 2003, Inst. Charles Dumoulin, Fac. Jean Monnet, Paris XI, Dalloz, 2003

- RODIÈRE (René) (dir.), *La formation du contrat*, Inst. dr. comp., A. Pedone, Paris, 1976
 VANWIJK-ALEXANDRE (Michèle) et WÉRY (Patrick) (coord.), *Le processus de formation du contrat*, Larcier, Bruxelles, 2004
 WÉRY (Patrick) (coord.), *La nullité des contrats*, Larcier, Bruxelles, 2006

E. Volumes de collections *

- Le rôle de la volonté dans le droit*, Arch. phil. dr., t. 3, Sirey, 1958
Sur les notions du contrat, Arch. phil. dr., t. 13, Sirey, 1968
L'obligation, Arch. phil. dr., t. 44, Dalloz, 2000
Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XIV, Turin, 4-7 juin 1962, Dalloz, 1965
La formation du contrat – L'avant-contrat, 62^e Congrès des notaires de France, Perpignan, juin 1964, impr. A. Rey, 1964
Le contrat – Liberté contractuelle et sécurité juridique, 94^e Congrès des notaires de France, Lyon, 17-20 mai 1998, CEE, Paris, 1998
L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées René Savatier, Poitiers, 24 et 25 oct. 1985, PUF, 1986

III. THÈSES, MÉMOIRES, COURS ET AUTRES MONOGRAPHIES

- ACOLLAS (Émile), *Les contrats et les obligations contractuelles*, Ch. Delagrave, Paris, 1885 ; 3^e éd., 1891
 ALCINDOR (Léon), *Des différentes espèces de nullités des actes administratifs*, th. Paris, 1912
 AUBERT (Jean-Luc), *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, th. Paris, 1968, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 109, 1970, préf. J. Flour.
 AUBY (Jean-Marie), *La théorie de l'inexistence des actes administratifs*, th. Paris, 1947, A. Pédone, 1951
 AUMONT (M.-J.-A.), *De l'action en nullité ou en rescision des conventions*, th. Caen, 1867
 BANDRAC (Monique), *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, th. Paris II, 1983, Economica, 1986, préf. P. Hébraud
 BERTON (Pierre-Henri), *La conception des nullités de mariage*, th. Lille, 1938
 BIAGINI-GIRARD (Sandrine), *L'inexistence en droit administratif – Contribution à l'étude de la fonction des nullités*, th. Aix-Marseille, 2007, L'Harmattan, 2010, préf. J.-C. Ricci.
 BIRET (Aimé), *Traité des nullités de tous genres*, A. Bertrand, Paris, 1821, 2 vol.
 BOCKSANG HOLA (Gabriel), *L'inexistence juridique des actes administratifs – Essai de théorie juridique comparée : France, Chili, Espagne, Italie*, th. Paris I, 2010
 BOURGEON (Philibert), *La distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des actes juridiques en droit romain et en droit français*, th. Dijon, 1885
 BRUNAU (Geoffray), *Le contrat à distance au XXI^e siècle*, th. Versailles - Saint-Quentin, 2009, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 524, 2011
 CAPITANT (Henri), *Les principes fondamentaux du droit des contrats*, Droit civil approfondi, Les Cours de droit, Paris, 1932-1933
 CAPITANT (Henri), *L'évolution historique du droit des contrats jusqu'à l'époque présente*, Droit civil approfondi et comparé, Les Cours de droit, Paris, 1935-1936
 COHEN (Albert), *Des contrats par correspondance en droit français, en droit anglais et en droit anglo-américain*, E. Sagot, 1921
 CORNU (Gérard), *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, Droit civil approfondi, Les Cours de droit, Paris, 1970-1971
 CORNU (Gérard), *Regards sur le titre III du livre III du Code civil « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général » (Essai de lecture d'un titre du Code)*, DEA de Droit privé, Les Cours de droit, Paris, 1976-1977
 COUTURIER (Gérard), *La confirmation des actes nuls*, th. Paris II, 1969, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 121, 1972, préf. J. Flour
 CUMYN (Michelle), *Essai sur les nullités et l'inexistence*, mém. DEA, Paris I, 1993
 CUMYN (Michelle), *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité – Étude historique et comparée des nullités contractuelles*, th. Paris I, 2000, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 376, 2002, préf. J. Ghestin

- DAGORNE-LABBÉ (Yannick), *La formation du contrat*, Ellipses, 2001
- DAGOT (Michel), *La simulation en droit privé*, th. Toulouse, 1965, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 73, 1967, préf. P. Hébraud
- DAVY (Georges), *La foi jurée : Étude sociologique du problème du contrat – La formation du lien contractuel*, th. Lettres, Paris, F. Alcan, 1922
- DESCHAMPS (Raymonde), *Le consentement des futurs conjoints au mariage – Sa conception et les cas de nullités en droit civil français et en droit canonique modernes*, th. Rennes, 1943, Impr. du Progrès, Angers, 1944
- DESFORGES (Léon), *Étude historique sur la formation du mariage en droit romain et en droit français*, th. Paris, 1887
- DI MARZIO (Fabrizio), *La nullità del contratto*, 2^e éd., Cedam, Milano, 2008
- DROGOUL (F.), *Essai d'une théorie générale des nullités*, th. Paris, 1902
- DUMONT-KISLIAKOFF (Nadia), *La simulation en droit romain*, th. Paris, 1965, Cujas, 1970
- DUPEYRON (Christian), *La régularisation des actes nuls*, th. Toulouse, 1971, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 127, 1973, préf. P. Hébraud
- FARNSWORTH (Edward Allan), *Changing Your Mind : The Law of Regretted Decisions*, 2nd ed., Yale Univ. Press, 2000
- FERRY (Claude), *La validité des contrats en droit international privé : France / USA*, th. Montpellier I, 1988, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 206, 1989, préf. B. Teyssié
- FORRAY (Vincent), *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, th. Chambéry, 2005, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 480, 2007, préf. G. Pignarre, av.-pr. Ch. Atias
- FRIED (Charles), *Contract as Promise – A Theory of Contractual Obligation*, Harvard Univ. Press, London, 1981, 2nd ed., 2006.
- GAUDEMET (Sophie), *La clause réputée non écrite*, th. Paris II, 2004, Economica, Rech. jur., vol. 13, 2006, préf. Y. Lequette
- GIRAULT (Arthur), *Traité des contrats par correspondance*, L. Larose et Forcel, 1890
- GLASSON (Ernest), *Du consentement des époux au mariage*, A. Durand, Paris, 1866
- GODÉ (Pierre), *Volontés et manifestations tacites*, th. Lille, 1973, PUF, 1977, préf. J. Patarin
- GODEFROY (Maurice), *De l'action en nullité ou en rescision des conventions*, th. Caen, 1870
- GOUNOT (Emmanuel), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé – Contribution critique à l'étude de l'individualisme juridique*, th. Dijon, 1912, A. Rousseau
- GOUT (Olivier), *Le juge et l'annulation du contrat*, th. Saint-Étienne, 1998, PUAM, 1999, préf. P. Ancel
- GUERRIERO (Marie-Antoinette), *L'acte juridique solennel*, th. Toulouse, 1973, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 137, 1975, préf. J. Vidal
- GUGGENHEIM (Daniel), *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé*, th. Genève, 1970, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 112, 1970, préf. H. Kaufmann
- GUYARD (Charles), *Étude sur les caractères des nullités des actes juridiques pour vices de forme*, th. Paris, 1920
- HAFTTEL (Bernard), *La notion de matière contractuelle en droit international privé*, th. Paris II, 2008
- HARTEMANN (Edmond), *Étude sur la distinction des actes inexistants et des actes annulables dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, th. Nancy, 1889
- HAUSER (Jean), *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique (Contribution à la théorie générale de l'acte juridique)*, th. Paris, 1969, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 117, 1971
- HÉMARD (Joseph), *Théorie et pratique des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, 2^e éd., Sirey, 1926
- HENRY (Xavier), *La technique des qualifications contractuelles*, th. Nancy II, 1992
- JACKSON (Joseph), *The formation and annulment of marriage*, 2nd ed., Butterworths, London, 1969
- JAPIOT (René), *Des nullités en matière d'actes juridiques – Essai d'une théorie nouvelle*, th. Dijon, 1909, A. Rousseau, Paris, 1909
- JEEGERS (Christine), *L'engagement matrimonial des époux – Une nouvelle approche des causes de nullité de mariage communes en droit canon aux droits civils français et belge*, th. Univ. cath. Louvain, Bruylant, 1988, préf. G. Franssen
- KIMEL (Dori), *From Promise to Contract : Towards a Liberal Theory of Contract*, Hart. Publishing, Portland, 2003
- LAFAIX (Jean-François), *Essai sur le traitement des irrégularités dans les contrats de l'Administration*, th. Paris I, 2007, Dalloz, Nouv. Bibl. th., vol. 87, 2009
- LA PRADELLE (Géraud de), *Les conflits de lois en matière de nullité*, th. Paris, 1965, Dalloz, Bibl. dr. int. privé, t. 8, 1967, préf. H. Batiffol

- LAUDE (Anne), *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, th. Aix-Marseille III, 1992, PUAM, 1992, préf. J. Mestre
- LIMBACH (Francis), *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales des contrats – De l'utilité du concept de déclaration de volonté*, th. Toulouse I, 2003, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 412, 2004, préf. C. Witz, av.-pr. S. Peruzzetto
- LOYER (Jules), *Les actes inexistantes*, th. Rennes, 1908
- LUTZESCO (Georges), *Essai sur les nullités des actes juridiques à caractère patrimonial*, th. Paris, 1938, éd. Sirey, préf. L. Julliot de La Morandière
- MALAURIE (Philippe), *Les problèmes actuels du droit des obligations*, Droit civil approfondi, Les Cours de droit, Paris, 1972-1973
- MARCAGGI (Vincent), *Étude sur la formation des contrats entre absents*, th. Aix-en-Provence, 1903
- MORÉTEAU (Olivier), *L'estoppel et la protection de la confiance légitime*, th. Lyon III, 1990
- MORIN (Gaston), *La loi et le contrat – La décadence de leur souveraineté*, F. Alcan, Paris, 1927
- MORIN (Gaston), *La révolte du droit contre le Code – La révision nécessaire des concepts juridiques (contrat, responsabilité, propriété)*, Sirey, 1945
- MORTET (Charles), *Étude sur la nullité des contrats dans le droit romain, l'ancien droit français et le Code civil*, th. Bordeaux, 1878
- MOURALIS (Denis), *L'inexistence des actes juridiques en droit privé, entre réalité et imagination*, mém. DEA, Aix-Marseille III, 2003
- PATRY (Robert) *Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse*, th. Genève, 1953
- PERRIN (Jean-Baptiste), *Traité des nullités de droit en matière civile*, G. Neveu, Lons-le-Saunier, 1816
- PIEDELIEVRE (Jacques), *Des effets produits par les actes nuls – Essai d'une théorie d'ensemble*, th. Paris, 1911, éd. A. Rousseau
- PIOTET (Paul), *La formation du contrat en doctrine générale et en droit privé suisse*, Staempfli, Berne, 1956
- PIRÉ (Emmanuel), *Nullité ou inexistence ?*, mém. DEA, Paris XI, 2002
- PIZE (Jérôme), *Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats*, th. Lyon, 1897, éd. A. Rousseau
- PLESSIX (Benoît), *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, th. Paris II, 2001, éd. Panthéon-Assas / LGDJ, 2003, préf. J.-J. Bienvenu
- POUSSON-PETIT (Jacqueline), *Le démariage en droit comparé – Étude comparative des causes d'inexistence, de nullité du mariage, de divorce et de séparation de corps dans les systèmes européens*, th. Lyon III, 1979, Larcier, Bruxelles, 1981, préf. F. Rigaux et R. Nerson
- POUYAUD (Dominique), *La nullité des contrats administratifs*, th. Paris II, 1989, LGDJ, Bibl. dr. pub., t. 158, 1991, préf. P. Weil
- RANOUIL (Véronique), *L'autonomie de la volonté – Naissance et évolution d'un concept*, mém. DES, Paris II, 1977, préf. J.-Ph. Lévy, PUF, 1980
- RAYMOND (Guy), *Le consentement des époux au mariage*, th. Poitiers, 1959, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 62, 1965, préf. G. Cornu
- RIEG (Alfred), *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, th. Strasbourg, 1958, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 19, 1961, préf. R. Perrot
- ROUHETTE (Georges), *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1965
- SALEILLES (Raymond), *De la déclaration de volonté – Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, 3^e éd., LGDJ, 1914, préf. H. Capitant
- SIMLER (Philippe), *La nullité partielle des actes juridiques*, th. Strasbourg, 1968, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 101, 1969, préf. D. Tallon
- SOLON (Victor-Hippolyte), *Théorie sur la nullité des conventions et des actes de tout genre en matière civile*, Videcoq et Barba, Paris, 1835, 2 vol.
- SOTO (Jean de), *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux*, th. Paris, 1941
- TAORMINA (Gilles), *Contribution à l'étude de l'apparence et de l'inexistence en matière contractuelle*, th. Paris XII, 1991
- TANDOGAN (Haluk), *La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats*, th. Genève, 1952
- TERRÉ (François), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, th. Paris, 1955, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 2, 1957, préf. R. Le Balle
- THIBAULT (Lionel), *Les effets de la nullité des contrats administratifs*, th. Paris, 1955
- VALÉRY (Jules), *Des contrats par correspondance*, Thorin et Fils, Bibl. jur. contemp., vol. 8, Paris, 1895
- VIDAL (Lucien), *Inexistence et nullité du contrat de mariage*, th. Toulouse, 1898, Saint-Cyprien, Toulouse, 1898

YALAOUI (Maria-Louisa), *La sanction de l'inexistence en procédure civile*, mém. DEA, Aix-Marseille, 1994

IV. ARTICLES, ÉTUDES, RAPPORTS, FASCICULES ET COMPTES RENDUS

- ADIDA-CANAC (Hugues), « Actualité de l'inexistence des actes juridiques », *Rapp. C. cass.* 2004, pp. 119-149
- ALLARA (Mario), « Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité en droit civil italien », in *Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XIV, Turin, 4-7 juin 1962, Dalloz, 1965, pp. 631-637
- ALPA (Guido), « Le contrat "individuel" et sa définition », *RIDC* 1988, pp. 327-350
- AMIEL-COSME (Laurence), « L'efficacité des nullités », *Dr. & Patr.*, n° 83, juin 2000, p. 89
- AMSELEK (Paul), « Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Hans Kelsen », *RRJ* 1999, pp. 37-60
- ANCEL (Pascal), « Acte juridique et déclaration de volonté : la greffe allemande sur le droit français des obligations », in *Traditions savantes et codifications*, colloque Poitiers, 8-10 septembre 2005, LGDJ, 2007, pp. 161-186
- ARENDT (Ernest) et WELTER (Jean), « Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulation des actes juridiques en droit public luxembourgeois », in *Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XIV, Turin, 4-7 juin 1962, Dalloz, 1965, pp. 802-820
- AUDIBERT (Adrien), « Des deux formes d'aliénation mentale reconnues par le droit romain (*furor* et *dementia*) », *RHD* 1890, pp. 846-890
- AUGÉ (Guy), « Le contrat et l'évolution du consensualisme chez Grotius », *Arch. phil. dr.*, t. 13, *Sur les notions du contrat*, Sirey, 1968, pp. 99-114
- BAILLOD (Raymonde), « À propos des clauses réputées non écrites », in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, PU Toulouse, 1996, pp. 15-38
- BARRE (Xavier), « Nullité et inexistance ou les bégaiements de la technique juridique », *PA* 30 juill. 1993, n° 91, pp. 7-13
- BERGEL (Jean-Louis), « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, pp. 257-272
- BERGÈRES (Maurice-Christian), « La théorie de l'inexistence en droit communautaire », *RTD eur.* 1989, pp. 393-437 et 647-679
- BIENVENU (Jean-Jacques), « De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française », *Droits*, n° 28, *La volonté*, PUF, 1998, pp. 3-16
- BLAGOYÉVITCH (Borislav T.), « Le rapport entre le principe de l'autonomie de la volonté et le principe de la liberté conventionnelle », *RGD* 1935, pp. 21-36
- BOULOIS (Jean), « Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulation des actes juridiques en droit public français », in *Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XIV, Turin, 4-7 juin 1962, Dalloz, 1965, pp. 771-792
- BRÉCHON-MOULÈNES (Christine), « Remarque sur la notion de nullité absolue dans le contentieux des contrats administratifs », *JCP* 1973, I, 2588
- BREDIN (Jean-Denis), « Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé », *RTD civ.* 1956, pp. 261-289
- BRESSOLLES (Gustave), « Mariage religieux, mariage civil, nullité », *Rev. lég. et jur.*, 1846, t. II, pp. 149-158
- BROCHER (Henri), « Encore la genèse du contrat formel », *RGD* 1901, pp. 27-41
- BROUILLAUD (Jean-Pierre), « Les nullités de procédure : des procédures pénale et civile comparées », *D.* 1996, chr., pp. 98-102
- CADRÈS (Émile), « À quel moment est formée une convention faite par correspondance ? », *Rev. dr. fr. et étr.* [Rev. Fœlix], 2^e série, t. I (t. XI), 1844, pp. 268-274
- CAPITANT (Henri), « Des effets produits par les actes nuls – À propos d'un livre récent », *RCLJ* 1911, pp. 617-620
- CAPTANT (Henri), « De la simplification des conditions et formalités exigées par le Code Napoléon pour le mariage », *RCLJ* 1930, pp. 31-49
- CARBONNIER (Jean), « L'hypothèse du non-droit », *Arch. phil. dr.* 1963, pp. 55-74, et *Flexible droit*, 10^e éd., PUF, 2001, pp. 25-47
- CARBONNIER (Jean), « De minimis... », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, pp. 29-37, et *Flexible droit*, 10^e éd., PUF, 2001, pp. 74-83

- CARBONNIER (Jean), « De peu, de tout et de rien », in *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, pp. 47-54, et *Flexible droit*, 10^e éd., PUF, 2001, pp. 84-93
- CÉZAR-BRU (Charles) *et al.*, « Quelques idées sur la théorie des nullités (R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques*) », *RGD* 1910, pp. 428-464
- CHEVALIER (Jean), « Inexistence, nullité et annulabilité en droit civil – Rapport général », in *Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XIV, Turin, 4-7 juin 1962, Dalloz, 1965, pp. 513-520
- COHENDY (Georges), « Des intérêts de la distinction entre l'inexistence et les nullités d'ordre public », *RTD civ.* 1914, pp. 33-67
- COMANGES (Laurent), « Le dangereux paradoxe de la nullité des sociétés fictives », *Bull. Joly* 2003, § 2, pp. 12-21
- CONSO (Giovanni), « Rapport sur la nullité, l'annulabilité et l'inexistence dans la procédure pénale italienne », in *Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XIV, Turin, 4-7 juin 1962, Dalloz, 1965, pp. 748-750
- COTTEREAU (Vincent), « La clause réputée non écrite », *JCP* 1993, I, 3691
- COUTURIER (Gérard), « Les finalités et les sanctions du formalisme », *Deffrénois* 2000, art. 37209, pp. 880-896
- COUTURIER (Gérard), « La théorie des nullités dans la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation », in *Le contrat au début du XXI^e siècle – Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, pp. 273-294
- CRÉMIEU (Louis), « De la validité des actes accomplis par l'héritier apparent », *RTD civ.* 1910, pp. 39-83
- DAVID (René), « La doctrine de l'erreur dans Pothier et son interprétation par la *common law* d'Angleterre », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri CAPITANT*, Dalloz, 1939, pp. 145-158
- DENTI (Vittorio), « Inexistence, nullité et annulabilité dans la procédure civile et pénale – Rapport général », in *Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XIV, Turin, 4-7 juin 1962, Dalloz, 1965, pp. 671-679
- DES GOUTTES (René) « Système des nullités en droit suisse », *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* [Rev. dr. suisse], 1929, pp. 348-413
- DIEZ-PICAZO (Luis), « Rapport sur l'inefficacité de l'acte juridique selon le droit civil espagnol », in *Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XIV, Turin, 4-7 juin 1962, Dalloz, 1965, pp. 598-610
- DJUVARA (Mircea), « L'idée de convention et ses manifestations comme réalité juridique », *Arch. phil. dr.* 1940, pp. 110-158
- DURAND (Paul), « La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel », *RTD civ.* 1944, pp. 73-97
- DURRY (Georges), « Rapport sur l'inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques en droit civil français », in *Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XIV, Turin, 4-7 juin 1962, Dalloz, 1965, pp. 611-630
- FAUREY (Joseph), « Les nullités en droit administratif (*Essai d'une théorie des nullités en droit administratif*, par Léon Alcindor) », *RGD* 1913, pp. 549-556
- FENOUILLET (Dominique), « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », in *La réforme du droit des contrats en droit positif*, colloque Revue des contrats, Sorbonne, sept. 2008, *RDC* 2009, pp. 279-318
- FLOUR (Jacques), « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle – Études offertes à Georges Ripert*, LGDJ, 1950, t. I, pp. 93-114
- FOULON-PIGANIOL (Claude-Isabelle), « Le mariage « simulé », *RTD civ.* 1960, pp. 217-251
- FRISON-ROCHE (Marie-Anne), « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995, pp. 573-578
- FRISON-ROCHE (Marie-Anne), « Volonté et obligation », *Arch. phil. dr.*, t. 44, *L'obligation*, Dalloz, 2000, pp. 129-151
- GANZER (Annette), « Les mentions en blanc dans les contrats », *RRJ* 1995, pp. 473-496
- GAUDET (Serge), « Inexistence, nullité et annulabilité du contrat : essai de synthèse », *McGill LJ* 1995, pp. 291-363
- GHESTIN (Jacques), « L'utile et le juste dans les contrats », *Arch. phil. dr.*, t. 26, *L'utile et le juste*, Sirey, 1981, pp. 35-57

- GHESTIN (Jacques), « La notion de contrat », *D.* 1990, chr., pp. 147-156, et *Droits*, n° 12, *Le contrat*, 1990, pp. 7-24
- GHESTIN (Jacques), « La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables », in *La relativité du contrat*, Trav. Assoc. H. Capitant, Journ. nat., t. IV, Nantes, 1999, LGDJ, 2000, pp. 223-256
- GHESTIN (Jacques), « L'annulation d'office d'un contrat », in *Le juge entre deux millénaires – Mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz, 2000, pp. 593-607
- GIANNINI (Massimo Severo), « Inexistence, nullité et annulabilité en droit constitutionnel et administratif – Rapport général », in *Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XIV, Turin, 4-7 juin 1962, Dalloz, 1965, pp. 759-770
- GROPPALI (Alessandro), « Le rôle de la volonté dans la formation des actes juridiques », *Arch. phil. dr.* 1940, pp. 195-204
- GROSSEN (Jacques-Michel), « Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité en procédure civile suisse », in *Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XIV, Turin, 4-7 juin 1962, Dalloz, 1965, pp. 751-756
- GUGGENHEIM (Paul), « La validité et la nullité des actes juridiques internationaux », *Rev. cours Acad. dr. int.* t. 74, 1949, pp. 195-268
- HAGE-CHAHINE (Fayez), « La notion d'inexistence et ses intérêts pratiques », *Proche-Orient, Études juridiques – Rev. fac. dr. Univ. Saint-Joseph, Beyrouth*, n° 47, 1994, pp. 69-87
- HAGE-CHAHINE (Fayez), « Le rationnel et l'empirique dans la notion d'inexistence en matière d'actes juridiques », in *Le monde du droit – Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, pp. 529-550
- HANNOUN (Charley), « Remarques sur la prescription de l'action en nullité en droit des sociétés », *Rev. sociétés* 1991, pp. 45-66
- HAUSER (Jean), « Le pacte civil de solidarité est-il un contrat consensuel ou un contrat solennel ? », *Deffrénois* 2001, art. 37362, pp. 673-679
- HÉBRAUD (Pierre), « Nullité de mariage et divorce », in *Mélanges offerts à Jean Dauvillier*, Univ. sc. soc. Toulouse, 1979, pp. 403-434
- HONORAT (Jean), « Les nullités des constitutions de sociétés », *Deffrénois* 1998, art. 36706, pp. 3-34
- IONASCO (Trajan R.), « De la volonté dans la formation des contrats », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Sirey, 1934, t. II, pp. 368-378
- JALABERT (Philippe), « Demande en déclaration de non-existence d'un mariage pour cause d'identité de sexe entre les prétendus époux », *RCLJ* 1872, pp. 129-149
- JAPIOT (René), « Des sanctions en matière de procédure », *RTD civ.* 1914, pp. 227-249
- JESTAZ (Philippe), « La qualification en droit civil », *Droits*, n° 18, *La qualification*, PUF, 1993, pp. 45-53
- JÈZE (Gaston), « Essai d'une théorie générale sur les sanctions des irrégularités qui entachent les actes juridiques », *RDP* 1913, pp. 294-331
- JOBARD-BACHELLIER (Marie-Noëlle), « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? Ou la valeur des promesses de contrat réel en droit positif », *RTD civ.* 1985, pp. 1-62
- JOBIN (Pierre-Gabriel), « L'inexistence dans le droit commun des contrats », *Les Cahiers de Droit* (Québec), vol. 15, 1974, pp. 173-178
- KALOGEROPOULOS (Andreas), « Éléments de l'application de la théorie de l'inexistence des actes juridiques en droit communautaire », in *État, Loi, Administration – Mélanges en l'honneur de Epaminondas P. Spiliotopoulos*, Sakkoulas, Athènes, et Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 181-201
- KAYSER (Pierre), « Les nullités d'ordre public », *RTD civ.* 1933, pp. 1115-1140
- KELSEN (Hans), « La théorie juridique de la convention », *Arch. phil. dr.* 1940, pp. 33-76
- KENFACK (Hugues), « La consécration de la confiance comme fondement de la force obligatoire du contrat ? », in *La confiance en droit privé des contrats*, dir. V.-L. Bénabou et M. Chagny, Actes colloque 22 juin 2007, Univ. Versailles-Saint-Quentin, Dalloz, 2008, pp. 117-129
- KULLMANN (Jérôme), « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.* 1993, chr., pp. 59-66
- KUNST (A. J. M.), « Rapport sur l'annulabilité, la nullité et l'inexistence des actes juridiques en droit hollandais », in *Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XIV, Turin, 4-7 juin 1962, Dalloz, 1965, pp. 638-649
- LÉAUTÉ (Jacques), « Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence », *RTD civ.* 1947, pp. 288-307
- LÉAUTÉ (Jacques), « Les contrats-types », *RTD civ.* 1953, pp. 429-460

- LE CANNU (Paul), « Inexistence ou nullité des sociétés fictives », *Bull. Joly* 1992, § 274, pp. 875-880
- LECLERC (Frédéric), « Que reste-t-il des nullités de sociétés en droit français après l'arrêt Marleasing (CJCE 13 novembre 1990) ? », *RJC* 1992, pp. 321-334
- LECOMTE (André), « La clause de style », *RTD civ.* 1935, pp. 305-338
- LEFEBVRE-TEILLARD (Anne), « *Infans conceptus*. Existence physique et existence juridique », *RHD* 1994, pp. 499-522
- LEGRAIN (Michel), « Mariage civil et mariage religieux : se marier à l'église sans passer par la mairie ? », *Rev. dr. canon.* 2000, pp. 163-169
- LE MIRE (Pierre), « Inexistence et voie de fait », *RDP* 1978, pp. 1219-1271
- LESAGE (Laurent) et NUYTTEN (Benoît), « Formation des contrats : regards sur les notions de consensualisme et de formalisme », *Deffrénois* 1998, art. 36784, pp. 477-509
- LÉVY (Emmanuel), « Définition du contrat », *RTD civ.* 1930, pp. 273-276
- LÉVY (Emmanuel), « La confiance légitime », *RTD civ.* 1910, pp. 717-721
- LINANT DE BELLEFONDS (Yvon), « Volonté interne et volonté déclarée en droit musulman », *RIDC* 1958, pp. 510-524
- LUTZESCO (Georges), « La critique de la théorie des actes juridiques inexistantes », *RCLJ* 1939, pp. 489-540
- MAST (André), « Rapport sur l'annulabilité, la nullité et l'inexistence des actes juridiques en droit public belge », in *Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XIV, Turin, 4-7 juin 1962, Dalloz, 1965, pp. 821-827
- MAZEAUD (Henri), « La maxime *error communis facit jus* », *RTD civ.* 1924, pp. 929-964
- MAZEAUD (Léon), « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », *RTD civ.* 1929, pp. 17-56
- MEKKI (Mustapha), « Nullité et validité en droit des contrats : un exemple de pensée par les contraires », *RDC* 2006, pp. 679-688
- MONTERO (Étienne) et DEMOULIN (Marie), « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, dir. P. Wéry, Univ. cath. Louvain, La Chartre, Bruxelles, 2004, pp. 61-188
- MORANGE (Georges), « Nullité et inexistence en droit international public » in *La technique et les principes du droit public – Études en l'honneur de Georges Scelle*, t. II, LGDJ, Paris, 1950, pp. 895-909
- MOREAU (Jacques), *v° Inexistence*, *Rép. Contentieux administratif*, Dalloz, 2002
- MORIN (Gaston), « La désagrégation de la théorie contractuelle du Code », *Arch. phil. dr.* 1940, pp. 7-32
- MUIR-WATT (Horatia), « Reliance et définition du contrat », in *Prospectives du droit économique – Dialogues avec Michel JEANTIN*, Dalloz, 1999, pp. 57-69
- NEGRI (Alba), « Déclaration de volonté et acte d'exécution dans la théorie de l'acte juridique (Droits français et italien) », *RIDC* 1983, pp. 353-382
- ODENT (Bruno), *v° Inexistence*, *Rép. Contentieux administratif*, Dalloz, s.d.
- OPPETIT (Bruno), « La convention sans l'échange : le concours des consentements – Le concours implicite », in *L'échange des consentements*, colloque Deauville, *RJC*, nov. 1995, n° spéc., pp. 69-73
- OUDIN (Martin), « Un droit européen... pour quel contrat ? – Recherches sur les frontières du contrat en droit comparé », *RIDC* 2007, pp. 475-521
- PATRY (Robert), « Rapport sur la nullité en droit commercial suisse », in *Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XIV, Turin, 4-7 juin 1962, Dalloz, 1965, pp. 650-667
- PELTIER (Virginie), « Contribution à l'étude de la notion d'inexistence en droit privé », *RRJ* 2000, pp. 937-976
- PEREIRA DE BULHÕES CARVALHO (Francisco), « Rapport sur la théorie de l'inefficacité des actes juridiques selon le droit brésilien », in *Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XIV, Turin, 4-7 juin 1962, Dalloz, 1965, pp. 578-582
- PÉRITCH (Jivoïn), « La volonté des particuliers comme créatrice de droits privés », *RTD civ.* 1929, pp. 5-16
- PERREAU (Étienne-Hippolyte), « Les obligations de conscience devant les tribunaux », *RTD civ.* 1913, pp. 503-570
- PERREAU (Étienne-Hippolyte), « Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la jurisprudence », *RTD civ.* 1914, pp. 481-522

- PERROT (Roger), « Rapport sur les nullités de procédure en matière civile selon le droit français », in *Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XIV, Turin, 4-7 juin 1962, Dalloz, 1965, pp. 731-747
- PICOD (Yves), v^o Nullité, *Rép. Civil*, Dalloz, 2004
- PIOTET (Paul), « Inexistence et invalidité des dispositions à cause de mort », *Journ. trib.* (Suisse), 1969, pp. 162-179
- POUSSON (Alain), « Les effets produits par un contrat atteint d'une nullité totale », *RRJ* 1996, pp. 697-736
- PRINGSHEIM (Fritz), « L'origine des contrats consensuels », *RHD* 1954, pp. 475-495
- PUTMAN (Emmanuel), « Cinq questions sur les nullités en procédure civile », *Justices* 1995, pp. 193-199
- RAYMOND (Guy), « Mariage – Demandes en nullité - Domaine et mise en œuvre », *J.-Cl. Civ.*, Art. 180 à 193, fasc. 100, 2001
- RAYNAUD (Pierre), « La distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droit », in *Études de droit contemporain – Contribution françaises aux III^e et IV^e Congrès internationaux de droit comparé*, Trav. Inst. dr. comp. Paris, t. XV, 1959, pp. 380-392
- RÉMY-CORLAY (Pauline), « L'existence du consentement », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, dir. P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, colloque 30 et 31 janv. 2003, Inst. Charles Dumoulin, Fac. Jean Monnet, Paris XI, Dalloz, 2003, pp. 53-64
- RENARD (Claude) et VIEUJEAN (Édouard), « Rapport sur l'inexistence, nullité et annulabilité en droit civil belge », in *Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XIV, Turin, 4-7 juin 1962, Dalloz, 1965, pp. 521-561
- RENARD (Georges), « L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au Moyen âge », *RHD* 1903, pp. 214-249 et 327-364
- RIAS (Nicolas), « La sanction de l'erreur-obstacle : pour un remplacement de la nullité par l'inexistence », *RRJ* 2009, pp. 1251-1273
- RIEG (Alfred), « Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX^e siècle », *Arch. phil. dr.*, t. 3, *Le rôle de la volonté dans le droit*, Sirey, 1958, pp. 125-133
- RIEG (Alfred), « Le contrat dans les doctrines allemandes du XIX^e siècle », *Arch. phil. dr.*, t. 13, *Sur les notions du contrat*, Sirey, 1968, pp. 31-49
- RIGAUX (François), « Rapport sur l'annulation, la nullité et l'inexistence des actes juridiques en droit judiciaire (privé) belge », in *Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XIV, Turin, 4-7 juin 1962, Dalloz, 1965, pp. 680-697
- ROCHFELD (Judith), « Formation du contrat : négociations, conditions de conclusion », *RDC* 2009, pp. 844-851
- ROUBIER (Paul), « Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs », *Arch. phil. dr.*, t. 3, *Le rôle de la volonté dans le droit*, Sirey, 1958, pp. 1-69
- ROUHETTE (Georges), « La définition du contrat et la méthode juridique française », *Droits*, n^o 12, *Le contrat*, PUF, 1990, pp. 59-66
- SACCO (Rodolfo), « À la recherche de l'origine de l'obligation », *Arch. phil. dr.*, t. 44, *L'obligation*, Dalloz, 2000, pp. 33-42
- SACCO (Rodolfo), « Liberté contractuelle, volonté contractuelle », *RIDC* 2007, pp. 743-760
- SAINTOURENS (Bernard), « Les causes de nullité des sociétés : l'impact de la 1^{re} directive CEE de 1968 sur les sociétés, interprétée par la Cour de justice des Communautés européennes », *Bull. Joly* 1991, § 41, pp. 123-133
- SALEILLES (Raymond), « La distinction entre l'inexistence et la nullité du mariage – Rapport présenté à la première sous-commission de la Commission de révision du Code civil », *Bull. Soc. études lég.* 1911, pp. 351-398
- SANA CHAILLÉ DE NÉRÉ (Sandrine), « Nullité ou rescision des conventions – Généralités : inexistence et rescision », *J.-Cl. Civ.*, Art. 1304 à 1314, fasc. 20, 2006
- SCANLON (Thomas M.), « Promises and Contracts », in *The Theory of Contract Law – New Essays*, dir. P. Benson, 2nd ed., Cambridge Univ. Press, 2007, pp. 86-117
- SCHMIDT-SZALEWSKI (Joanna), « Les conséquences de l'annulation d'un contrat », *JCP* 1989, I, 3397
- SÉGUR (Louis), « L'inexistence en procédure civile », *JCP* 1968, I, 2129
- SIMON (Odile), « La nullité des actes juridiques pour trouble mental », *RTD civ.* 1974, pp. 707-738
- TERRÉ (François), « Volonté et qualification », *Arch. phil. dr.*, t. 3, *Le rôle de la volonté dans le droit*, Sirey, 1958, pp. 99-133

- TEYSSIE (Bernard), « Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat », *D.* 1976, chr., p. 281
- TOMASIN (Daniel), « Remarques sur la nullité des actes de procédure », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Univ. sc. soc. Toulouse, 1981, pp. 853-874
- VAN EMPEL (Martijn), « L'acte public inexistant et le droit communautaire », *Cah. dr. eur.* 1971, pp. 251-283
- VEAUX (Daniel), « Nullité ou rescision des conventions – Généralités : inexistence et rescision », *J.-Cl. Civ.*, Art. 1304 à 1314, fasc. 20, 1994
- VERZIJL (J.-H.-W.), « La validité et la nullité des actes juridiques internationaux », *Rev. dr. int.* 1935, pp. 284-339
- WEIL (Prosper), « Une résurrection : la théorie de l'inexistence en droit administratif », *D.* 1958, chr., pp. 49-56
- WEINGORT (Abraham), « Volonté et acte formel dans la structure juridique de l'obligation contractuelle en droit talmudique », *RHD* 1986, pp. 191-203
- WÉRY (Patrick), « Nullité, inexistence et réputé non écrit », in *La nullité des contrats*, coord. P. Wéry, Larcier, Bruxelles, 2006, pp. 7-32
- WHITAKER DA CUNHA (Fernando), « Rapport sur la nullité, l'annulation et l'inexistence des actes en droit public brésilien », in *Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, Trav. Assoc. H. Capitant, t. XIV, Turin, 4-7 juin 1962, Dalloz, 1965, pp. 836-828
- WITZ (Claude), « La consécration de l'inexistence par plusieurs instruments d'uniformisation du droit », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz/Litec, 2006, pp. 729-742
- WITZ (Claude), « Effets, interprétation et qualification du contrat », in *La réforme du droit des contrats en droit positif*, colloque Revue des contrats, Sorbonne, sept. 2008, *RDC* 2009, pp. 318-333
- WODIÉ (Francis), « L'inexistence des actes juridiques unilatéraux en droit administratif français », *AJDA* 1969, pp. 76-89
- ZWEIGERT (Konrad), « Du sérieux de la promesse – Remarques de droit comparé sur la distinction des actes qui obligent de ceux qui n'obligent pas », *RIDC* 1964, pp. 33-44

V. COMMENTAIRES, CONCLUSIONS, OBSERVATIONS ET NOTES DE JURISPRUDENCE

- AGOSTINI (Éric), note sous TGI Bordeaux, 27 juill. 2004, *D.* 2004, p. 2392
- AGOSTINI (Éric), note sous CA Bordeaux, 19 avril 2005, *D.* 2005, p. 1687
- AGOSTINI (Éric), note sous 1^{re} civ., 13 mars 2007, *D.* 2007, p. 1395
- ALFANDARI (Elie) et JEANTIN (Michel), obs. sur Com., 19 déc. 1983, *RTD com.* 1984, p. 477
- ATIAS (Christian), note sous 3^e civ., 9 mars 1988, *D.* 1989, p. 143
- ATIAS (Christian), obs. sur 3^e civ., 11 févr. 2009, *Defrénois* 2010, art. 39070, n° 4, p. 346
- AUBERT (Jean-Luc), obs. sur Com., 4 janv. 1971, *Defrénois* 1972, art. 30216, n° 76, p. 1452
- AUBERT (Jean-Luc), obs. sur 3^e civ., 21 janv. 1971, *Defrénois* 1971, art. 29861, n° 2, p. 508
- AUBERT (Jean-Luc), obs. sur 3^e civ., 15 avril 1980, *Defrénois* 1981, art. 32682, n° 50, p. 853
- AUBERT (Jean-Luc), note sous Com. 20 juill. 1983, *D.* 1984, p. 422
- AUBERT (Jean-Luc), obs. sur 1^{re} civ., 29 nov. 1989, *Defrénois* 1990, art. 34802, n° 51, p. 738
- AUBY (Jean-Marie), note sous CE, sect., 28 févr. 1947, *Mégevand*, *S.* 1948, III, p. 41
- AUBY (Jean-Marie), obs. sur CE, sect., 28 févr. 1986, *Commissaire de la République des Landes*, *RDP* 1987, p. 1468
- AZAVANT (Marc), note sous CA Bordeaux, 19 avril 2005 *Dr. fam.* 2005, n° 124
- BACQUET (Alain), concl. sur CE, sect., 4 juill. 1980, *Zemma*, *Rec.*, p. 300
- BACQUET (Alain), concl. sur CE, ass., 15 mai 1981, *Sieur Maurice*, *AJDA* 1982, p. 86
- BALENSI (Yvan), note sous 3^e civ., 8 janv. 1975, *Rev. sociétés* 1976, p. 301
- BAUDOUIN (Manuel), concl. sur Civ., 6 avril 1903, *S.* 1904, I, p. 395
- BERGEL (Jean-Louis), note sous 3^e civ., 30 nov. 1982, *RD imm.* 1983, p. 326
- BERTRAND (François-Guilhem), note sous CE, 13 juill. 1966, *Sieur Guigon*, *D.* 1966, p. 669
- BEUDANT (Charles), note sous Req., 5 mai 1879, *DP* 1880, I, p. 145
- BLONDEL (Philippe) et JULIEN-LAFERRIÈRE (François), note sous CE, ass., 15 mai 1981, *Sieur Maurice*, *D.* 1982, p. 147
- BONNEAU (Thierry), note sous Com., 16 juin 1992, *Lumale*, *Dr. sociétés* 1992, n° 178
- BONNEAU (Thierry), note sous CA Paris, 1^{er} déc. 1992, *Dr. sociétés* 1993, n° 48

- BONNEAU (Thierry), note sous Com., 22 juin 1999, *Dr. sociétés* 1999, n° 143
- BRETON (André), note sous 1^{re} civ., 26 janv. 1983, *D.* 1983, p. 317
- CABANNES (Jean), concl. sur Ass. plén., 28 mai 1982, *D.* 1983, p. 117
- CACHARD (Olivier), note sous 1^{re} civ., 11 juill. 2006, *Rev. arbitr.* 2006, p. 893
- CALLÉ (Pierre), note sous 1^{re} civ., 11 juill. 2006, *JCP* 2006, II, 10182
- CALVO (Jean), note sous Com., 30 nov. 1983, *Gaz. Pal.* 1984, II, p. 675
- CAPITANT (Henri), TERRÉ (François) et LEQUETTE (Yves), obs. sur Civ., 30 juill. 1900, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 11^e éd., t. I, Dalloz, 2000, n° 11
- CAPITANT (Henri), TERRÉ (François) et LEQUETTE (Yves), obs. sur Req., 30 déc. 1902, *ibid.*, n° 12
- CHABAS (François), obs. sur 3^e civ., 15 avril 1980, *RTD civ.* 1981, p. 155
- CHAMBON (Pierre), note sous Crim., 4 janv. 1983, *JCP* 1984, II, 20203
- CHAPUT (Yves), note sous CJCE, 13 nov. 1990, *Marleasing*, *Rev. sociétés* 1991, p. 532
- CHAUVIN (Patrick) et CRETON (Claude), obs. sur 2^e civ., 17 janv. 2008, *D.* 2008, chr. C. cass., p. 644
- CHEVALLIER (Jean), obs. sur CA Paris, 8 juill. 1966, *RTD civ.* 1967, p. 382
- CHEVALLIER (Jean), obs. sur 1^{re} civ., 18 juill. 1967, *RTD civ.* 1968, p. 355
- CLAY (Thomas), obs. sur 1^{re} civ., 25 oct. 2005, *D.* 2005, pan., p. 3052
- CLAY (Thomas), obs. sur 1^{re} civ., 28 nov. 2006, *D.* 2008, pan., p. 182
- COIRET (Nicole), note sous TGI Paris, 7 janv. 1982, *JCP* 1983, II, 19999
- COLLET (Laurence), note sous 1^{re} civ., 5 mars 1991, *D.* 1993, p. 508
- COLLET (Laurence), note sous Com., 16 juin 1992, *Lumale*, *D.* 1993, p. 508
- CONSTANTIN (Alexis), note sous Com., 22 juin 1999, *Rev. sociétés* 1999, p. 824
- CORNU (Gérard), obs. sur 1^{re} civ., 24 nov. 1965, *RTD civ.* 1966, p. 310
- CORNU (Gérard), obs. sur 1^{re} civ., 28 nov. 1973, *RTD civ.* 1974, p. 628
- COURET (Alain), note sous Com., 22 juin 1999, *Bull. Joly* 1999, § 229, p. 978
- DALEAU (Jeanne), obs. sur CA Bordeaux, 19 avril 2005, *D.* 2005, IR, p. 1113
- DELPIROU (Dominique), note sous TI Gonesse, 7 févr. 1990, *CJEG* 1990, p. 421
- DELVOLVÉ (Jean), concl. sur CE, sect., 30 juin 1950, *Massonnaud, Rec.*, p. 400
- DESBOIS (Hervé), obs. sur Civ., 1^{re} sect., 20 nov. 1963, *Appietto*, *RTD civ.* 1964, p. 286
- DIENER (Pascal), note sous 3^e civ., 22 juin 1976, *D.* 1977, p. 619
- DIENER (Pascal), note sous CA Paris, 16 nov. 1993, *Bull. Joly* 1994, § 12, p. 73
- DOMINGO (Marc), avis sur 1^{re} civ., 13 mars 2007, *Gaz. Pal.* 2007, p. 1073
- DOUENCE (Jean-Claude), note sous TC, 27 juin 1966, *Sieur Guigon*, *D.* 1968, p. 7
- DOUENCE (Jean-Claude), note sous CE, sect., 28 févr. 1986, *Commissaire de la République des Landes*, *RFDA* 1987, p. 219
- DURRY (Georges), note sous 1^{re} civ., 24 nov. 1965, *JCP* 1966, II, 14602
- DU RUSQUEC (Emmanuel), note sous 2^e civ., 11 janv. 1979, *Gaz. Pal.* 1979, II, p. 629
- ESMEIN (Paul), note sous Civ., 16 nov. 1932, *S.* 1934, I, p. 1
- FAUVARQUE-COSSON (Bénédicte), note sous 1^{re} civ., 16 juill. 1998, *D.* 1999, p. 51
- FEFFER (Marc-André) et ROBINEAU (Yves), obs. sur CE, sect., 4 juill. 1980, *Zemma*, *AJDA* 1980, p. 640
- FILLION-DUFOULEUR (Bernard), note sous 1^{re} civ., 3 juin 1998, *JCP* 1998, II, 10181
- FOURNIER (Jacques) et BRAIBANT (Guy), obs. sur CE, ass., 31 mai 1957, *Rosan Girard*, *AJDA* 1957, II, p. 273
- FOURNIER (Jacques) et BRAIBANT (Guy), obs. sur CE, sect., 31 janv. 1958, *Soc. Établ. Lasalle-Astis*, *AJDA* 1958, II, p. 90
- FULCHIRON (Hugues), note sous 1^{re} civ., 3 juin 1998 et 16 juill. 1998, *Dr. fam.* 1999, n° 10
- GAILLARD (Emmanuel), note sous Ass. plén., 28 mai 1982, *D.* 1983, p. 349
- GAUTIER (Pierre-Yves), obs. sur 1^{re} civ., 20 janv. 1993, *RTD civ.* 1993, p. 843
- GAZIER (François), obs. sur CE, sect., 3 févr. 1956, *Sieur de Fontbonne*, *AJDA* 1956, II, p. 93
- GAZIER (François) et LONG (Marceau), obs. sur CE, sect., 17 mars 1954, *Dame Dardant*, *AJDA* 1954, II bis, n° 13, p. 5
- GHESTIN (Jacques), note sous 3^e civ., 15 avril 1980, *D.* 1981, SC, p. 314
- GHESTIN (Jacques), note sous CA Paris, 2 mai 1986, *JCP* 1986, II, 20622
- GHESTIN (Jacques), note sous 1^{re} civ., 5 juill. 2006, *D.* 2007, p. 50
- GHESTIN (Jacques), note sous 3^e civ., 21 sept. 2011, *JCP* 2011, 1276
- GIVERDON (Claude), obs. sur 3^e civ., 12 juin 1991, *D.* 1992, SC, p. 135
- GLASSON (Ernest), note sous CA Toulouse, 21 janv. 1885, *DP* 1886, II, p. 73

- GLASSON (Ernest), note sous Req., 30 déc. 1902, *DP* 1903, I, p. 137
- GUYON (Yves), note sous CA Paris, 1^{er} déc. 1992, *Rev. sociétés* 1993, p. 132
- HAURIOU (Maurice), note sous CE, 3 nov. 1922, *Dame Cachet*, *S.* 1925, III, p. 9
- HAUSER (Jean), obs. sur CA Versailles, 27 mai 1999, *RTD civ.* 1999, p. 604
- HAUSER (Jean), obs. sur TGI Bordeaux, 27 juill. 2004, *RTD civ.* 2004, p. 719
- HÉBRAUD (Pierre), note sous Civ., 18 nov. 1947, *D.* 1948, p. 177
- HÉBRAUD (Pierre), note sous Civ., 12 juill. 1949, *Rev. jur. et pol. Union fr.* 1950, p. 419
- HÉBRAUD (Pierre), obs. sur CA Douai, 22 nov. 1951, *RTD civ.* 1952, p. 109
- HÉBRAUD (Pierre), obs. sur Trib. civ. Seine, ord. référé, 19 juin 1957, *RTD civ.* 1958, p. 121
- HÉBRAUD (Pierre), obs. sur 1^{re} civ., 15 nov. 1967, *RTD civ.* 1968, p. 410
- HECQUARD-THÉRON (Maryvonne), obs. sur CE, sect., 7 oct. 1994, *Ville de Narbonne c. M^{me} Arditi*, *AJDA* 1995, p. 159
- HEENEN (Jacques), « L'acceptation de l'offre faite par correspondance », note sous Cass. Belgique, 16 juin 1960, *RCJB* 1962, p. 301
- HEUMANN (Claude), concl. sur CE, ass., 10 févr. 1961, *Chabran*, *Rec.*, p. 102
- HONORAT (Edmond) et SCHWARTZ (Rémy), concl. sur CE, ass., 1^{er} oct. 1990, *Min. des PTT et Nassallucci*, *AJDA* 1990, p. 864
- HONORAT (Edmond) et SCHWARTZ (Rémy), concl. sur CE, sect., 9 nov. 1990, *Sieur Fleret*, *AJDA* 1990, p. 864
- HOVASSE (Henri), obs. sur Com., 22 juin 1999, *Defrénois* 1999, art. 37061, n° 11, p. 1195
- JEANTIN (Michel), note sous 1^{re} civ., 23 mai 1977, *D.* 1978, p. 89
- KESSLER (Guillaume), obs. sur TGI Bordeaux, 27 juill. 2004, *JCP* 2004, II, 10169
- LABBÉ (Joseph-Émile), note sous CA Bastia, 8 févr. 1888, *S.* 1889, II, p. 177
- LACOSTE (Paul), note sous CA Poitiers, 30 oct. 1893, *S.* 1895, II, p. 225
- LARRIBAU-TERNEYRE (Virginie), note sous TGI Bordeaux, 27 juill. 2004, *Dr. fam.* 2004, n° 166
- LARROUMET (Christian), note sous 1^{re} civ., 20 oct. 1981, *D.* 1983, p. 73
- LAUBADÈRE (André de), obs. sur TC, 27 juin 1966, *Sieur Guigon*, *AJDA* 1966, p. 547
- LAURENT (Jean-Charles), note sous Civ., 1^{re} sect., 17 oct. 1955, *JCP* 1956, II, 9226
- LE CANNU (Paul), note sous Com., 11 oct. 1988, *Bull. Joly* 1988, § 308, p. 539
- LE CANNU (Paul), note sous CJCE, 13 nov. 1990, *Marleasing*, *Bull. Joly* 1991, § 59, p. 190
- LE CANNU (Paul), note sous Com., 16 juin 1992, *Bull. Joly* 1992, § 313, p. 960
- LEMOULAND (Jean-Jacques), obs. sur CA Versailles, 27 mai 1999, *D.* 1999, SC, p. 374
- LEMOULAND (Jean-Jacques), obs. sur CA Paris, 14 déc. 1999, *D.* 2000, SC, p. 416
- LEMOULAND (Jean-Jacques), obs. sur TGI Bordeaux, 27 juill. 2004, *D.* 2004, SC, p. 2965
- LEQUETTE (Yves), note sous 1^{re} civ., 16 juill. 1998, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 509
- LEVEL (Patrice), note sous CJCE, 13 nov. 1990, *Marleasing*, *JCP E* 1991, II, 156
- LINDON (Raymond), note sous TC, 27 juin 1966, *Sieur Guigon*, *JCP* 1967, II, 15135
- LLORENS (François) et SOLER-COUTEAUX (Pierre), obs. sur CE, sect., 9 mai 1990, *Commune de Lavar*, *D.* 1991, SC, p. 136
- LONG (Marceau) *et al.*, obs. sur CE, ass., 31 mai 1957, *Rosan Girard*, in *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 17^e éd., Dalloz, 2009, n° 75
- LOUSSOUARN (Yvon), obs. sur 1^{re} civ., 28 nov. 1973, *RTD civ.* 1975, p. 702
- LYON-CAEN (Charles), note sous Civ., 6 nov. 1895, *S.* 1896, I, p. 5
- MASSIP (Jacques), obs. sur 1^{re} civ., 13 mars 2007, *Defrénois* 2007, art. 38595, n° 41, p. 781
- MAUGÜÉ (Christine) et SCHWARTZ (Rémy), obs. sur CE, sect., 12 juin 1991, *Assoc. prof. des magistrats et Sieur Pringuez*, *AJDA* 1991, p. 509
- MAZEAUD (Denis), note sous 3^e civ., 21 sept. 2011, *D.* 2011, p. 2711
- MENJUCQ (Michel), note sous Com., 22 juin 1999, *JCP* 2000, II, 10226
- MESTRE (Achille), note sous CE, 28 oct. 1932, *Sieur Lafitte et autres*, *S.* 1933, III, p. 65
- MESTRE (Jacques), obs. sur 1^{re} civ., 10 juin 1986, *RTD civ.* 1987, p. 535
- MESTRE (Jacques), obs. sur Com., 28 avril 1987, *RTD civ.* 1987, p. 746
- MESTRE (Jacques), obs. sur Com., 7 avril 1992, *RTD civ.* 1992, p. 759
- MOREAU (Jacques), obs. sur CE, sect., 28 févr. 1986, *Commissaire de la République des Landes*, *AJDA* 1986, p. 326
- MOTULSKY (Henri), note sous Com., 19 juill. 1950, *JCP* 1951, II, 5952
- NAQUET (Emmanuel), note sous Civ., 5 janv. 1910, *S.* 1912, I, p. 249
- NAST (Marcel), note sous CA Aix-en-Provence, 11 déc. 1933, *DP* 1936, II, p. 57

- NERSON (Roger), obs. sur Civ., 1^{re} sect., 14 juin 1957, *RTD civ.* 1958, p. 229
- ODENT (Raymond), concl. sur CE, sect., 26 janv. 1951, *Galy, S.* 1951, III, p. 52
- OURLIAC (Paul) et JUGLART (Michel de), note sous 3^e civ., 21 janv. 1971, *JCP* 1971, II, 16885
- PATARIN (Jean), obs. sur 3^e civ., 20 févr. 1979, *RTD civ.* 1981, p. 663
- PATARIN (Jean), obs. sur 1^{re} civ., 20 oct. 1981, *RTD civ.* 1983, p. 171
- PÉRINET-MARQUET (Hugues), obs. sur 3^e civ., 11 févr. 2009, *JCP* 2009, I, 127, n° 13
- PERROT (Roger), obs. sur 3^e civ., 9 oct. 1996, *Procédures* 1996, n° 348
- PERROT (Roger), obs. sur Soc., 6 févr. 2003, *RTD civ.* 2003, p. 350
- PERROT (Roger), obs. sur Ch. mixte, 7 juill. 2006, *RTD civ.* 2006, p. 820
- PILON (Eustache), rapp. sur Req., 14 mars 1933, *Cousin de Lavallière, DP* 1933, I, p. 28
- PLUYETTE (Gérard), rapp. sur 1^{re} civ., 13 mars 2007, *Gaz. Pal.* 2007, p. 1073, et *D.* 2007, p. 1389
- PUTMAN (Emmanuel), note sous Com., 7 déc. 1993, *JCP* 1994, II, 22285
- PUTMAN (Emmanuel), note sous Ch. mixte, 7 juill. 2006, *JCP* 2006, II, 10146
- RACINE (Jean-Baptiste), note sous 1^{re} civ., 25 oct. 2005, *Rev. arbitr.* 2006, p. 103
- RAYMOND (Guy), note sous Civ., 1^{re} sect., 20 nov. 1963, *Appietto, D.* 1964, p. 465
- RAYNAUD (Pierre), obs. sur Com., 19 juill. 1950, *RTD civ.* 1951, p. 125
- REINHARD (Yves), obs. sur Com., 22 juin 1999, *RTD com.* 1999, p. 903
- RÉMY (Philippe), obs. sur CA Paris, 2 mai 1986, *RTD civ.* 1987, p. 106
- RÉMY-CORLAY (Pauline), obs. sur Com., 13 févr. 2007, *RTD civ.* 2007, p. 302
- RIGAUX (François), note sous C. cass. Belgique, 21 oct. 1971, *Pas.* 1972, I, p. 174
- RIVET (Paul), concl. sur CE, 3 nov. 1922, *Dame Cachet, RDP* 1922, p. 552
- ROBERT (A.), obs. sur 1^{re} civ., 10 juin 1986, *D.* 1988, SC, p. 14
- ROBINET DE CLERY (Gabriel-Adrien), concl. sur Req., 5 mai 1879, *DP* 1880, I, p. 145
- RODIÈRE (René), note sous 1^{re} civ., 28 nov. 1973, *D.* 1975, p. 21, note R. Rodière
- ROGER (M.), note sous Crim., 4 janv. 1983, *D.* 1983, p. 562
- RUET (Laurent), note sous 1^{re} civ., 5 juill. 2006, *PA* 14 déc. 2006, n° 249, p. 8
- SAINT-ROSE (Jerry), avis sur 1^{re} civ., 25 oct. 2005, *D.* 2006, p. 199
- SAINTOURENS (Bernard), note sous CA Paris, 21 mars 1989, *Bull. Joly* 1989, § 160, p. 439
- SAINTOURENS (Bernard), note sous CA Paris, 1^{er} déc. 1992, *Bull. Joly* 1993, § 88, p. 323
- SAVOIE (Henri), obs. sur CE, sect., 7 oct. 1994, *Ville de Narbonne c. M^{me} Arditi, RDP* 1995, p. 251
- SERRAS (Françoise), obs. sur CJCE, 13 nov. 1990, *Marleasing, JCP E* 1991, I, 67, n° 3
- SOLUS (Henry), note sous Req., 14 mars 1933, *Cousin de Lavallière, S.* 1934, I, p. 161
- SORTAIS (Jean-Pierre), note sous CA Rouen, 6 juin 1973, *Rev. sociétés* 1974, p. 740
- SOULEAU (Henri), obs. sur 3^e civ., 12 juin 1991, *Defrénois* 1991, art. 35097, n° 73, p. 1016
- TERRÉ (François) et LEQUETTE (Yves), obs. sur 1^{re} civ., 13 mars 2007, in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 12^e éd., t. I, Dalloz, 2007, n° 32
- THIOYE (Moussa), note sous 3^e civ., 8 avril 2009, *AJDI* 2009, p. 890
- TISSIER (Albert), note sous Req., 30 déc. 1902, *S.* 1903, I, p. 257
- VIGNERON (Guy), obs. sur 3^e civ., 9 juin 1999, *Loyers et copr.* 1999, n° 226
- VIGNERON (Guy), obs. sur CA Paris, 17 juin 2004, *Loyers et copr.* 2004, n° 171
- VOIRIN (Pierre), note sous Civ., 1^{re} sect., 11 juill. 1960, *D.* 1960, p. 702
- WAHL (Albert), note sous Civ., 30 juill. 1900, *S.* 1902, I, p. 225
- WAHL (Albert), note sous Civ., 6 avril 1903, *S.* 1904, I, p. 273
- WALINE (Marcel), obs. sur CE, sect., 3 févr. 1956, *Sieur de Fontbonne, RDP* 1956, p. 859
- WEIL (Prosper), note sous CE, ass., 31 mai 1957, *Rosan Girard, D.* 1958, p. 152
- WITZ (Claude), obs. sur Com., 13 févr. 2007, *D.* 2008, pan., p. 2623

JURISPRUDENCE

Les chiffres sans parenthèses renvoient aux paragraphes
Les chiffres entre parenthèses renvoient aux notes de bas de page

- Civ., 22 avril 1833 : 308(60)
Civ., 8 nov. 1842 : 7(154)
Req., 6 avril 1858 : 2(19)
Req., 19 janv. 1863 : 368(217)
Req., 5 mai 1879 : 68(393)
Req., 21 juin 1880 : 337(37)
CA Toulouse, 21 janv. 1885 : 2(20), 106(110)
CA Bastia, 8 févr. 1888 : 106(110)
Civ., 6 nov. 1895 : 2(19)
Civ., 30 juill. 1900 : 5(57)
Civ., 11 déc. 1900 : 143(286)
Req., 30 déc. 1902 : 6(80), 11(186)
Civ., 6 avril 1903 : 393(390)(401)
Civ., 5 janv. 1910 : 5(57)
Civ., 31 janv. 1912 : 6(84)
Req., 9 déc. 1913 : 357(142)
Civ., 26 oct. 1915 : 5(65), 203(622)
Civ., 31 juill. 1923 : 393(405)
Req., 19 févr. 1929 : 2(19)
Req., 21 mars 1932 : 235(901)(906)
Civ., 16 nov. 1932 : 2(19)
Req., 14 mars 1933, *Cousin de Lavallière* : 5(57)
CA Aix-en-Provence, 11 déc. 1933 : 5(55)
CA Douai, 1^{er} avril 1936 : 308(64)
Civ., 3 juill. 1939 : 119(78)
CE, 28 févr. 1947, *Sieur Megevand* : 6(113)
Crim., 11 mai 1948 : 6(101)
CE, sect., 30 juin 1950, *Massonnaud* : 6(120)
Com., 19 juill. 1950 : 6(100)
CE, sect., 26 janv. 1951, *Sieur Galy* : 6(112)
CA Douai, 22 nov. 1951 : 6(101)
Trib. civ. Yvetot, 23 mars 1952 : 2(19)
Trib. civ. Seine, 31 mars 1952 : 308(64)
Civ., 4 août 1952 : 2(19)
CA Douai, 3 nov. 1952 : 6(86)
Civ., 1^{re} sect., 15 déc. 1953 : 188(552)
CE, sect., 17 mars 1954, *Dame Dardant* : 6(116)
Civ., 1^{re} sect., 17 oct. 1955 : 188(552)
CE, sect., 3 févr. 1956, *Sieur de Fontbonne* :
6(104)(118)
Com., 18 juill. 1956 : 223(772)
CE, ass., 31 mai 1957, *Rosan Girard* :
6(105)(118)
Civ., 1^{re} sect., 14 juin 1957 : 5(57)
Crim., 14 juin 1957 : 41(199)
Trib. civ. Seine, ord. référé, 19 juin 1957 : 6(86)
CE, sect., 15 juill. 1958, *Sieur Jouve* : 6(118)
Com., 7 janv. 1959 : 119(78), 236(906)
Civ., 1^{re} sect., 17 déc. 1959 : 2(19)
Civ., 1^{re} sect., 11 juill. 1960 : 315(100)
Com., 15 févr. 1961 : 228(822)
Civ., 1^{re} sect., 20 nov. 1963 : 393(409)
Civ., 1^{re} sect., 26 oct. 1964 : 208(641)
1^{re} civ., 24 nov. 1965 : 336(34)
TC, 27 juin 1966, *Sieur Guigon* : 6(107)
CA Paris, 8 juill. 1966 : 228(822)
CE, 13 juill. 1966, *Sieur Guigon* : 6(106)(107)
1^{re} civ., 18 juill. 1967 : 143(260)
Crim., 13 nov. 1968 : 2(19)
1^{re} civ., 1^{er} déc. 1969 : 179(488)
Com., 4 janv. 1971 : 13(226), 77(491)
3^e civ., 21 janv. 1971 : 333(23)
Com., 7 juin 1971 : 208(641)
C. cass. Belgique, 21 oct. 1971 : 6(76), 106(110)
1^{re} civ., 28 nov. 1973 : 226(806)
Crim., 24 févr. 1974 : 6(97)
3^e civ., 26 févr. 1975 : 229(822)
3^e civ., 22 juin 1976, *Alphazan* : 6(139),
390(353)(368)
1^{re} civ., 23 nov. 1976, *Consorts Mégevand* :
172(457)
1^{re} civ., 26 avril 1978 : 118(59)
3^e civ., 26 avril 1978 : 333(23)
3^e civ., 2 mai 1978 : 208(641)
3^e civ., 20 févr. 1979 : 337(41)
CA Paris, 5 févr. 1980 : 320(147)
3^e civ., 15 avril 1980 : 172(457)
CE, 20 mai 1980, *M^{me} Nardin* : 2(16)
CE, sect., 4 juill. 1980, *Zemma* : 6(121)
CA Versailles, 17 déc. 1980 : 289(177)
Com., 7 janv. 1981 : 235(906)
CA Paris, 26 févr. 1981 : 390(368)
CE, ass., 15 mai 1981, *Sieur Maurice* : 6(120)
1^{re} civ., 20 oct. 1981 : 2(16), 360(167)
TGI Paris, 7 janv. 1982 : 118(59)
Ass. plén., 28 mai 1982, *Consorts Mégevand* :
172(458)
Crim., 4 janv. 1983 : 6(97)
3^e civ., 11 janv. 1983 : 6(142)
3^e civ., 9 nov. 1983 : 77(492)
CE, 9 nov. 1983, *Saerens* : 6(114)
Com., 30 nov. 1983 : 2(19)

- Com., 19 déc. 1983, *Méglio* : 6(140), 390(368)
 3^e civ., 13 juin 1984 : 6(142)
 1^{re} civ., 12 déc. 1984 : 2(16), 360(167)
 CE, sect., 28 févr. 1986, *Commissaire de la République des Landes* : 6(105)
 1^{re} civ., 10 juin 1986 : 5(65)
 Crim., 6 oct. 1986 : 6(97)
 CJCE, 26 févr. 1987, *Consorzio cooperative d'Abruzzo* : 6(132)
 3^e civ., 1^{er} avril 1987 : 6(142)
 Com., 28 avril 1987 : 2(19), 5(65)(66)
 3^e civ., 2 déc. 1987 : 143(289)
 3^e civ., 9 mars 1988 : 2(21), 6(142), 143(289)
 Com., 11 oct. 1988, *Tornero* : 390(354)
 CA Paris, 21 mars 1989 : 390(345)(360), 249(1033)
 3^e civ., 26 avril 1989 : 6(142)
 3^e civ., 5 juill. 1989 : 6(139)
 1^{re} civ., 29 nov. 1989 : 308(57)
 CE, sect., 9 mai 1990, *Commune de Lavour* : 6(111)
 1^{re} civ., 10 juill. 1990, *Cassia* : 13(240)
 CE, ass., 1^{er} oct. 1990, *Min. des PTT et Nassallucci* : 6(120)
 CE, sect., 9 nov. 1990, *Sieur Fleret* : 6(120)
 CJCE, 13 nov. 1990, *Marleasing* : 4(46)
 1^{re} civ., 19 déc. 1990 : 143(292)
 1^{re} civ., 5 mars 1991 : 5(68), 199(605)
 Com., 16 avril 1991 : 208(641)
 CE, sect., 12 juin 1991, *Assoc. prof. des magistrats et Sieur Pringuez* : 6(120)
 3^e civ., 12 juin 1991 : 6(142)
 Ass. plén., 15 mai 1992 : 6(92)
 Com., 16 juin 1992, *Lumale* : 6(141), 8(165), 390(368)
 CA Paris, 1^{er} déc. 1992 : 6(139), 390(368)
 CA Paris, 16 nov. 1993 : 390(368)
 3^e civ., 15 déc. 1993, *Cruz* : 77(493), 166(430), 348(84)
 Com., 8 mars 1994 : 390(368)
 CA Besançon, 18 mai 1994 : 390(368)
 CJCE, 15 juin 1994, *Commission c. BASF* : 6(132)
 3^e civ., 1^{er} févr. 1995 : 223(772), 228(822)
 2^e civ., 1^{er} mars 1995 : 6(92)
 Soc., 7 nov. 1995 : 2(20)
 Ass. plén., 1^{er} déc. 1995 : 237(930), 341(55)
 Com., 9 juill. 1996 : 237(930), 341(55)
 Com., 22 oct. 1996, *Chronopost* : 143(286)
 3^e civ., 10 déc. 1997 : 77(492), 249(1038)
 CE, 29 déc. 1997, *Commune d'Hautmont* : 6(111)
 CE, 11 mars 1998, *Min. de l'Intérieur c. Mme Auger* : 6(107)
 1^{re} civ., 3 juin 1998 : 9(171), 308(60)
 1^{re} civ., 16 juill. 1998 : 5(57), 308(62)
 1^{re} civ., 24 nov. 1998 : 154(344)
 1^{re} civ., 8 déc. 1998 : 2(16)
 CA Versailles, 27 mai 1999 : 5(48), 308(64)
 3^e civ., 9 juin 1999 : 6(142), 143(289)
 Com., 22 juin 1999 : 6(140), 390(368)
 CA Paris, 14 déc. 1999 : 106(110)
 3^e civ., 15 déc. 1999 : 5(65)
 Com., 17 juill. 2001 : 237(930), 341(55)
 1^{re} civ., 3 avril 2002 : 315(103)
 Crim., 25 juin 2002 : 41(205)
 2^e civ., 19 déc. 2002 : 9(171)
 Soc., 6 févr. 2003 : 6(92)
 1^{re} civ., 1^{er} avril 2003 : 5(65)
 2^e civ., 3 avril 2003 : 6(92)
 1^{re} civ., 28 oct. 2003 : 393(411)
 3^e civ., 28 oct. 2003 : 166(430), 348(84)
 Crim., 2 déc. 2003 : 41(199)(205)
 CE, ass., 11 mai 2004, *Assoc. AC* : 229(836)(841), 400(64)
 CA Orléans, 13 mai 2004 : 226(807)
 CA Paris, 17 juin 2004 : 6(142)
 TGI Bordeaux, 27 juill. 2004 : 393(401)
 3^e civ., 14 avril 2005 : 297(19)
 CA Bordeaux, 19 avril 2005 : 393(401)
 Ch. mixte, 22 avril 2005 : 143(290)
 1^{re} civ., 25 oct. 2005 : 13(240)
 1^{re} civ., 5 juill. 2006, n° 04-13235 : 320(147)
 1^{re} civ., 5 juill. 2006, n° 04-19256 : 260(1069)
 Ch. mixte, 7 juill. 2006 : 6(91), 8(165), 297(19)
 1^{re} civ., 11 juill. 2006 : 13(240)
 1^{re} civ., 28 nov. 2006 : 13(240)
 1^{re} civ., 16 janv. 2007 : 166(430)
 Com., 13 févr. 2007, n° 05-13538 : 10(180)
 Com., 13 févr. 2007, n° 05-17407 : 143(290)
 1^{re} civ., 13 mars 2007 : 13(228), 393(401)
 1^{re} civ., 3 avril 2007 : 380(306)
 2^e civ., 17 janv. 2008 : 6(91), 8(165), 297(19)
 3^e civ., 27 mars 2008 : 166(428)(430), 348(84)
 3^e civ., 21 mai 2008 : 223(772), 225(794)
 3^e civ., 11 févr. 2009 : 149(326)
 3^e civ., 8 avril 2009 : 172(457)
 Soc., 7 juill. 2010 : 13(234)
 3^e civ., 11 mai 2011 : 77(493), 166(430), 348(84)
 Com., 13 sept. 2011 : 77(493), 166(430), 348(84)
 3^e civ., 21 sept. 2011 : 11(197)
 3^e civ., 26 juin 2013 : 228(822)
 3^e civ., 21 mai 2014 : 13(229)

INDEX

Les chiffres sans parenthèses renvoient aux paragraphes

Les chiffres entre parenthèses renvoient aux notes de bas de page
au sein ou à l'entour desquelles siège la matière

– A –

Absence : 63

Absorption : v. Transmission universelle

Abus de droit : 212(691)

V. aussi Offre (révocation de l'), Refus

Acceptation :

– anticipée : 179(496), 237, 239

– conditionnelle :

– sous condition casuelle : 203

– sous condition potestative : 204

– sous condition résolutoire : 219, 221

– différée : 202 s.

– écrite : 198

– équivoque : v. ce mot

– explicite : 194, 197

– expresse : 194, 197

– implicite : 194

– imposée : 180

– imprécise : v. Contre-proposition

– incertaine : 193 s.

– *intuitu personae* : 204

– présumée : 179-180

Mandat : 179(512)

Gestion de compte (relevé) : 179(514)

– retenue : 199 s. V. aussi Réserve

– simulée : 200-201

– tacite : 194

– tardive : 243 s.

Acte juridique : 176

Acte non réceptice : 214

Conversion en offre : 97(69), 172(461),
228(825), 246(988), 249(1029)

Déclaration (théorie de la) : 235(892)

Émission :

Moment de l' : 117(41)

Théorie de l' : 235(891), 236(918)

Expédition (théorie de l') : 235(893)

Nullité de l' : 228, 237 s., 246, 260-261

Réception de l' :

Moment de la : 235(896)

Théorie de la : 235(895), 236(910)

Recognition (théorie de la) : 235(894)

Réflexion (délai de) : 241-242

Réitération de l' : 204

Rétractation : 217 s.

– avant réception : 218-219

– après réception : 220-221

Théorie :

– dualiste : 235(901)

– mixte : 235(898)

– volontariste : 235(903)

V. aussi Consentement, Volition, Volonté

Accord d'entreprise : 388

V. aussi Convention collective

Accord de négociation : v. Négociation

Accord de principe : 345-346

Accord partiel : 342

Accord préliminaire : v. Avant-contrat

Accord de volonté : 112(2), 119

Fiction (non) : 119(84)

Acte clair : 142(262)

Acte-condition : 128(177)

Acte instrumentaire : 377

Acte juridique : v. Acceptation, Contrat, Offre

Acte notarié : 128(187), 308(57)

Action en inexistance : 5, 13(227)

Adjudication : 127(141), 309(66)

V. aussi Contrat judiciaire, Enchères

Adoption : 309(72)

Affectio societatis : v. Société

Agrément : v. Réserve

Aliénation mentale : 98 s.

– pathologique : 100

– physiologique : 101

Inaptitude contractuelle : 105

Représentation :

– de la personne souffrant d' : 108

– par une personne souffrant d' : 106(117)

Responsabilité en cas d' : 106(113)(121)

Simple trouble mental : 101(93), 107(126)

V. aussi Incapacité

Animaux : 21

Apparence :

– de la volonté : 118

– du contrat : 10

Théorie de l' : 168, 173, 229 s.

Acquéreur concurrent : 251(1047)

Acte à titre gratuit : 229(852)

Capacité apparente : 168(434)

Exception de croyance légitime : 231-232

Ignorance du décès du pollicitant : 75(463)

Mandat apparent : 173

Publicité : 230(870)

Signification apparente de l'offre : 229(829)

Validité apparente de l'offre : 168

Assistance : 266(25), 268(52), 269(56)

V. aussi Convention d'assistance

Aubry et Rau : 3, 6(69)

Autonomie de la volonté : 116

V. aussi Force obligatoire, Liberté contractuelle

Autorité parentale (convention) : 128(200)

Avant-contrat : 338 s.

V. aussi Accord de négociation, Accord de principe, Accord partiel, Contrat-cadre, Pacte de préférence, Promesse, Protocole d'accord

Aveu judiciaire : 198(604)

Avocat commis d'office : 180(530), 183(542)

Ayant cause :

– à titre particulier : 76(484), 78(516)

– à titre universel : v. Succession

– B –

Bail (contrat de) : 368(212)

– à construction : 369(223)

– à nourriture : 369(225)

– à rente : 369(223)

– emphytéotique : 369(223)

– forcé : 127(138)

– précaire : 269(61), 275(90), 368(218)

V. aussi Louage de chose

Bien : 357(138)

Bienfaisance : 266(25), 274(85)

V. aussi Contrat de –

Bienséance : v. Bonnes mœurs

Bonne foi : 116(11), 230(857)

Bonnes mœurs : 6(121), 266(25), 274(85)

– C –

Caducité :

– de l'offre : v. ce mot

– du contrat : 291(209), 333(23), 398

Capitis deminutio : 62

Cause :

– de l'obligation : 143(287), 319(138), 354(125)

– de la volonté : 111, 148

– du contrat : 330(8), 354(125)

– objective : 229(854), 354(126)

– subjective : 330(8)

Origine de la notion : 319(137)

Cautionnement : 365(201)

– réel : 365(199)

Cession : 360(160). V. aussi Vente

– de créance : 360(160)

– d'usufruit : 291(233)

– forcée de parts sociales : 112(226), 127(136), 180(523)

Charte des thèses : 128(202)

Chose consomptible : 363(185), 364(191)

Chose de genre : 363(185), 364(191)

Chronopost : 143(286)

Clause :

– abusive : 179(492)(516), 212(692)

– d'arbitrage : 13(240)

– de référence : 227(816)

– de retour à meilleure fortune : 291(216)

– de style : 118(60)

– illisible : 227(815)

– incompréhensible : 227(815)

– léonine : 143(284), 390(357)

– limitative de responsabilité : 143(286)

– réputée non écrite : 2(21), 143(288), 220(752)

Cohérence : v. Incohérence

Colère : 101(90), 154(348), 200(614)

Command (élection de) : 152(338)

Commissaire-priseur : 128(188)

V. aussi Enchères, Officier ministériel

Communauté : 389

Composition pénale : 128(201)

Concession (contrat de) : 385(333)

Condition :

– *ad existentiam* : v. Contrat réel, solennel

– *ad probationem* : v. Acte instrumentaire, Preuve

– *ad validitatem* : v. Nullité absolue

– constitutive : 320, 334

– conventionnelle : 331

– de fond : 326 et s.

– de forme : 295 et s.

– légale : 331

– modale :

– casuelle : 281

– potestative : 281, 285-287

– dans le pacte de préférence : v. ce mot

– *ex parte debitori* : 289

– *in facto* : 281(129), 291(210)

– *in voluntate* : 281(129), 291(210)

– mixte : 282

– purement potestative : 279(118), 283(145)

– simplement potestative : 283

Domaine de l'inexistence : 290(192)

Domaine de l'article 1174 : 291

Domaine de l'article 1178 : 292

– résolutoire :

– de l'acceptation : 219, 221

– de l'offre : 247

– du contrat :

– potestative : 290

– suspensive :

– de l'acceptation : 203-204

– de l'offre : 156-157

– du contrat : 328 s.

– d'agrément : 159, 206

– de non-rétractation : 219, 221

– potestative : 290

– suspensive d'exécution (du contrat) :

392(384)

– suspensive de validité (du contrat) : 336(29)

Rétroactivité de la : 280(120), 333(20)

V. aussi Acceptation, Offre, Personnalité

Conditions générales d'affaires : 208(653)
Conducteur de l'ouvrage : 370(227)
Confiance : 115(1)
Confiance légitime : 116(28)
Conscience : 85
 – juridique : 88-89
Consensualisme : 116(24), 296(18), 300(27), 306
Consentement : 119(74)
 – au mariage : v. ce mot
 – conjoint : 119(76)
 – imposé : 127
 – joint : 119(88)
 – réciproque : 119(94)
 Réitération du : 119(89), 243(968)
 V. aussi Acceptation, Offre
Contrainte : 131-132, 182-183
Contrat :
 – à distance : 235(890)
 – à l'essai : 179(498)
 – à titre gratuit : 357(140)
 – aléatoire 336(30)
 – avec soi-même : 119(94)
 – complexe : 371(248), 373(273)
 – de bienfaisance : v. ce mot
 – de fait : 119(79)
 – de garantie : v. ce mot
 – dirigé : 128-129(156)
 – -échange : 353(119)
 – éventuel : v. Obligation
 – extinctif : 379-380
 – fictif : 127
 – forcé : 132
 – imposé : 127-128
 – innommé : 352(114), 360(161), 363(183), 366, 368(216)
 – instrumentaire : v. Acte instrumentaire
 – judiciaire : 127(141), 309(66), **378**
 – légal : 127
 – modificatif : 381-382
 – nommé : v. Contrats spéciaux
 – organisationnel : 353(119)(122), **383** s.
 – présumé : 126
 – réognitif : 377-378
 – réel : v. ce mot
 – réglementé : 128
 – relationnel : 353(119)
 – solennel : 298
 – sur une chose future : 336(30)
 – synallagmatique imparfait : 316(125)
 – transactionnel : 354 s.
 – translatif : 356 s.
 – unilatéral : 357(140)
 Crise du : 128(172)
 Définition : 12, 115(8)
 Origine : 115
Contrat-cadre : 341

Contrat d'accueil et d'intégration :
 112(223), 128(191)
Contrat d'assurance : 112(224), 143(292), 157(375)
Contrat de bienfaisance : **357(140)**, 362 s.
Contrat d'entreprise : 371
 Travail spécifique : 371(242)
 V. aussi Louage d'ouvrage
Contrat de mariage : 392
Contrat de responsabilité parentale :
 183(222), 128(193)
Contrat de société : v. Société
Contrat de travail : 371(250), **372**, 373(275)
 Lien de subordination : 372(253)
 Salaire : 372(258)
Contrat d'insertion : 183(220)
Contrat d'intégration : 386(341)
Contrat médical : 127(146), 128(189), 183 (540)
Contrat réel : 311 s.
 Justification : 321
 Obligation de restitution (cause de l') : 319
 Promesse de : 323-324
 Réalisme conventionnel : 322
Contrat-type : 128(160)
Contrats spéciaux : v. chacun d'entre eux
 Classification des : 353-355, 395(420)
Contre-lettre : v. Simulation
Contre-proposition : 208-209. V. aussi Refus
Convention : 12, 115(4)
Convention d'assistance : 179(488), 269(59)
Convention collective : 387
 V. aussi Accord d'entreprise
Coopération (contrat de) : 386
 – commerciale : 386(340)
 V. aussi Contrat d'intégration
Coopérative : 386(344)
Copropriété : 391(373)
 Règlement de : 6(142), 391(377), 400(64)
Coutume : 179(507). V. aussi Usage
Croyance légitime : v. Apparence

– D –

Dation en paiement : 379
Debitum : 267
Déclaration : v. *Erklärungstheorie*, Volition
Dédit : 218(726)
De droit / de plein droit : 13(237)
Deed : 302(38)
Demande : 119(77)
Démarchage : 220(739)
 V. aussi Loterie publicitaire
De minimis non curat praetor : 269(55)
Demolombe : 2(13), 283(149)
Déontologie : 266(23)
Dépossession : v. Gage, Transfert
Dépôt : 363, 374

- à titre gratuit : 363
- irrégulier : 363(185)
- nécessaire : 374
- salarié : 374
- Promesse de : 316(123), 324(157)(161)
- Remise de la chose : 316
- Séquestre : 374
- Devoir** : v. Morale, Obligation
- Discernement** : 85(9), 90-91
- Discrimination** :
 - de l'agrément : 159(396)
 - de l'offre réservée : 255(1055)
 - du rejet de l'offre : 212(696)
- Dissolution** :
 - de la société : v. Personne morale
 - de l'indivision : v. Partage
 - du mariage : v. Divorce
- Distributeur automatique** : 138(242), 196(583)
- Distribution (contrat de)** : 385
 - exclusive : v. Concession
 - sélective : 385(330)
- Divorce** : 309(69)
- Dommages-intérêts** :
 - négatifs : 249(1040)
 - positifs : 249(1040), 345(69)
- Don, Donation** : 357
 - déguisée : 360(168)
 - d'usage : 269(66)
 - en usufruit : 357(147)
 - indirecte : 379(299)
 - manuelle : 314
 - mutuelle : 357(146)
 - -partage : 382(321)
 - rémunératoire : 276(112)
- Cause de la : 319(137)
- Irrévocabilité spéciale de la : 291(230)
- Promesse de : 314(102), 324(157)
- Donner et retenir ne vaut** : 314(98)
- Droit (critère du)** : 266(5)
- Droit naturel** : 266(12)

– E –

- Échange** : 359
 - avec soulte : 360(163)
 - de services : 366
- Embryon** : 23
- Enchères** : 6(80), 157(378), 308-309(68)
- V. aussi Adjudication, Contrat judiciaire
- Engagement d'honneur** : 269(63)
- Entente anticoncurrentielle** : 138(252), 189(558)
- Équivoque** : 140(253), 190
- Acceptation – : 195(588)
- Offre – : 143(276)
- Erklärungstheorie** : 118(49)(69)
- Erreur** : 222 s.

- commune : 230(862)
- de déclaration : 133-134, 184-185
- matérielle : 118(58)
- invincible : 230(861)
- sur la personne : 134, 185
- sur la quotité : 226
- sur les qualités (de la chose) : 225
- sur la substance : 223(773), 224(782)
- Erreur-nullité : 223, 225(795)
- Erreur-obstacle : 223, 225(785)
- Error communis facit jus* : 230(860)
- Error in corpore* : 224
- Error in negotio* : 224
- Esclavage** : 61
- Essai** : v. Contrat, Vente
- Essence** : 11
 - de l'offre : 208
 - du contrat : 11, 143(284), 335
 - et substance : 208(637)
- Essentialisation** : 330(8)
- Estoppel** : 116(28)
- État civil (acte de l')** : 5(48)
- Étranger** : 60
- Être humain** :
 - Conception : 22
 - Gestation : 41
- Eugénisme** : 41(193)(204)
- Éventualité** : v. Obligation
- Expectative (simple)** : 337(44)

– F –

- Facture (stipulation sur)** : 179(492), 190(564)
- Fiction** : v. Accord de volonté, Contrat, Personne morale, Représentation, Société
- Fiducie** : 358
- Fœtus** : 23
- Fonctionnaire de fait** : 229(839)
- Fondation** : 26(110)
- Fonds d'indemnisation** : 91(37), 106(113)
- Forçage du contrat** : 128, 179 s.
- Force obligatoire des conventions** : 116(24)
- V. aussi Autonomie de la volonté
- Forma dat esse rei** : 2(8), 305
- Formalisme** : 296(18), 300, 306, 312
 - conventionnel : 307(55)
 - légal : 307
- Formalité** : 295(14)
- Formation du contrat** :
 - progressive : 327 s.
- Éléments objectifs : 335, 351(113)
- Éléments subjectifs : 335, 351(113)
- Processus de : 119
- V. aussi Accord de volonté, Consentement
- Forme** : 294-297
 - substantielle : 297
- Franchisage, Franchise (contrat de)** : 375

Fraude :

Mariage : v. ce mot

Pacte de préférence : 347(81)

Fusion : v. Transmission universelle

– G –

Gage : 315

Promesse de : 315(117), 324(157)

Garantie (contrat de) : 365

– autonome : 365(202)

Gaudemet (Eugène) : 2(13), 10(181)**Gestion d'affaire** : 32(160), 127(149), 269(59), 362(176)(178)

Contrat de : 127(149), 373(274)

V. aussi Quasi-contrat

Gestion de compte : v. Acceptation**Gorgias** : 1

– H –

Haftung : 267**Héritier** : v. Succession**Honneur** : v. Engagement d'honneur**Hôtelier** : 190(566), 374(278)**Huissier de justice** : 128(188)

V. aussi Officier ministériel

– I –

Idem est non esse et non probari : 144(295)**Idem est non esse et non significari** :

143(273)

Ignorance légitime : v. Apparence**Imprécision** : v. Offre**Imprescriptibilité** : v. Prescription**Incapacité** :

– de jouissance : 58(316)

– d'exercice (du mandant) : 75(470)

– légale : 93(40), 95(56), 105, 108(132)

– naturelle : 93(40), 105

V. aussi Aliénation mentale, Apparence, Offre

Incertitude : v. Acceptation, Offre**Incohérence** : 143(278)**Indétermination** : v. Offre, Prix**Indivision** :

– conventionnelle : 391

– successorale : 77, 80, 257(1065)

V. aussi Partage, Succession

Inexistence :

– en droit administratif : 6(103)

– en droit civil :

Contrat : 5(59)

Mariage : 3-5, 393

– en droit communautaire : 6(132)

– en droit comparé : 6(69)

– en droit constitutionnel : 6(124)

– en droit fiscal : 6(136)

– en droit international public : 6(127)

– en procédure civile : 4, 6(80)

– en procédure pénale : 6(94)

– et nullité absolue : v. ce mot

– et nullité relative : v. ce mot

– et réputé non écrit : v. ce mot

– juridique : 6(110), 264

– légale : 2(18)

– matérielle : 6(110)

– partielle : 143(285)

– relative : 351

Causes de l' : 7, 14

Critique de l' : 8

Effets de l' : 5, 13

Origine de l' : 2-4

Régime de l' : 5, 13

Renouveau de l' : 9

Théorie de l' : 3-7

Infans : 90 s.

Inaptitude contractuelle : 93

Représentation de l' : 96

Représentation par un : 94(53),

Responsabilité de l' : 91(37)

V. aussi Incapacité

Infans conceptus... : 23, 42**Inopposabilité** :

– pour défaut de pouvoir : 172(458)

– pour défaut de publicité : v. ce mot

– pour fraude : v. ce mot

Institution : 18. V. aussi Statut

Détournement d' : v. Mariage frauduleux

Instrumentum : v. Acte instrumentaire**Interessentheorie** : 26(104)**Intérêt exclusif (du destinataire)** : 179(486)**Interprétation** :

– de la loi : 118(53)

– du contrat : 118(53), 142-143

Intuitus pecuniae : v. Offre**Intuitus personae** : v. Acceptation, Offre**Intuitus rei** : v. Offre**Irrévocabilité** : v. Donation, Offre

– J –

Japiot : 2(13), 10(181)**Jeu (dette de)** : 270(75)**Joailier** : 371(246)**Jocandi causa** : 154(345), 200(610)**Jugement** :

– d'adjudication : v. ce mot

– de donné acte : 378

– d'expédient : 378

– d'homologation : 309(71), 378

Justice (notion) : 266(16), 274(85)

– K L –

Kant : 21(41), 115(5), 116(15), 128(203)
Lacune : v. Offre incomplète,
 Contre-proposition
Léonin (pacte) : v. Clause léonine
Lettre de confirmation : 179(491)
Lettre de confort : 269(63)
Lettre d'intention : 269(63), 346(71)
Lettre de patronage : 269(63)
Lettre missive : 218(721), 240
Lex barbarius Philippus : 229(834)
Lex imperfecta : 267(30)
Libéralité : 357(140). V. aussi Donation
Liberté contractuelle : 116(24), 129(207),
 132(228). V. aussi Autonomie de la volonté
Liquidation : v. Personne morale
Livraison : v. Obligation de délivrance
Location : 368(212). V. aussi Louage de chose
Locateur : 370(227)
Loterie publicitaire : 118(64), 230(864)
Louage : 367 s.
 – de chose : 368, 371(250). V. aussi Bail
 – fongible ou consommable : 368(221)
 – d'industrie : 370
 – d'ouvrage : 370, 372(261), 373(271)
 V. aussi Contrat d'entreprise
 – de service : 370 s. V. aussi Contrat de travail

– M –

Malentendu : 224 s.
Mandat :
 – apparent : v. Apparence
 – à titre gratuit : 362
 – *post mortem* : 75(471)
 – salarié : 373
 Décès du mandant : 75
 Histoire : 75(466), 127(151)
 V. aussi Acceptation, Représentation
Marché : v. Contrat d'entreprise
Mariage : 3-5, 393
 – blanc : 393(409)
 – consulaire : 308(64)
 – étranger : 393(414)
 – frauduleux : 393(407)
 – gris : 393(409)
 – homosexuel : 393(393)(399)(413)
 – *in extremis* : 393(392)(405)
 – posthume : 393(392)(405)
 – putatif : 5(54), 400(64)
 Acte-condition : 128(178)
 Cérémonie : 308(58)
 Communauté de vie : 393(393)(404)
 Consentement au : 119(91), 302(35), 393(396)
 Contrat ou statut : 128(180)

Fidélité : 393(405)

Fins du : 393(410)
 Formalisme : 308(58)
 Monogamie : 393(405)
Matière : v. Substance
Memorandum : 343(62)
Monopole : 129(205)
Morale : 266
Mort :
 Moment de la : 69
 Statut du : 70
Mort civile : 62

– N –

Naissance : 23, 41
Négociation :
 Accord de : 340
 Rupture abusive : 249(1040)
 V. aussi Obligation, Offre révoquée, Pourparlers
Nemo plus juris... : 229(849)
Non-droit : 269, 271-273
Notaire : v. Acte notarié, Officier ministériel
Novation : 119(82), 381
Nullité :
 – absolue : 10, 11(186), 336, 398-399, 402
 Condition potestative : 291(207)
 Contrat solennel : 298, 306(54)
 – comminatoire : 4(40)
 – de droit : 2(12), 5(62), 13(237)
 – de l'acceptation : v. ce mot
 – de l'offre : v. ce mot
 – d'ordre public : 13(228)
 – de plein droit : 2(12), 5(62), 10, 13(237)
 – facultative : 5(62)
 – péremptoire : 6(85)
 V. aussi Nullité comminatoire
 – relative : 10(182), 398-399
 Défaut de forme : 303(45)
 Erreur : 225(795)
 Incapacité du mineur : 94(49)
 Incapacité du majeur protégé : 105(106)
 Méconnaissance du délai de réflexion : 242
 Trouble mental : 105(114)
 V. aussi Vice du consentement
 – textuelle : 4
 – virtuelle : 4
 Droit de critique : 10(181)
 État de l'acte : 10(181)
 Rétroactivité de la : 229(836)(841), 400(64)

– O –

Objet :
 – de la volonté : 111, 148
 – de l'obligation : 354

– du contrat : 354

Obligatio : 267

Obligation :

– alternative : 379(299)

– de couverture : 365(196)

– de donner : 356

– de délivrance : 360(160)

– de faire : 361

– de fidélité : v. Mariage

– de mise à disposition : 361(175), 364(189), 368(217)

– de négociier : 345(68)

– de *praestare* : 356(135), 361(173), 365(195)

– de règlement : 365(196)

– de restitution : 319

– de l'emprunteur : 364(190)

– de l'entrepreneur : 374(279)

– du dépositaire : 363(184)

– du locataire : 368(220)

– de sécurité : 128(161)

– disjonctive : 379(299)

– essentielle : v. Essence

– éventuelle : 337

– facultative : 379(299)

– imparfaite : 267, 323(158)

– morale :

Source de l' : 269-270

Régime de l' : 271 s.

– naturelle : 268, 276

Office du juge : 13(232)

Officier de l'état civil : v. Acte de l'état civil, Mariage

Officier ministériel : 183(542)

Offre :

– acceptée : 250-251

– à personne déterminée : 247(1007), 253 s.

– à personne indéterminée : 157, 250

– au public : 152(335)

– conditionnelle : 45 s., 156-157

– sous condition casuelle : 156

– sous condition potestative : 157, 247

– sous condition résolutoire : 247

– croisée : 209

– écrite : 146

– équivoque : v. ce mot

– exclusive : 250

– expirée : v. Caducité de l'

– expresse : 145

– implicite : 142

– imprécise : 147 s.

– incomplète : 150-151

– indéterminée : 148-149

– incertaine : 141 s.

– *intuitus pecuniae* : 256-257

– *intuitu personae* : 157(371), 254-255

– *intuitus rei* : 258-259

– irrévocable : 77(493), 247(996)

– *post mortem* : 77(492)

– publicitaire : 143(283)

– retenue : 152 s. V. aussi Réserve

– révoquée : v. Révocation de l'

– sous terme extinctif : 245

– sous terme suspensif : v. Réflexion (délai de)

– tacite : 125(119), 138

– verbale : 245(986)

Acte juridique : 121

Acte réceptice : 161

Appel d' : 157(373), 165

Caducité de l' : 244 s.

– pour aliénation du pollicitant : 106

– pour disparition du pollicitant : 47, 75, 77

– pour expiration du délai de validité : 245

– pour refus du destinataire : 212(687), 244(978)

Décès du destinataire : 80, 82, 257

Décès du pollicitant : 75, 77

Délai de validité : 245

Délai raisonnable : 245(982), 247(996)

Émission : 238(934)

Incapacité du destinataire : 82(558)

Incapacité du pollicitant : 77(490)

Intransmissibilité de l' :

– à cause de mort : 77

– entre vifs : 257(1067)

Nullité de l' :

– pour défaut de pouvoir du représentant : 172

– pour interdiction personnelle : 167

Réception de l' :

– effective : 238(938)

– juridique : 161(406)

– matérielle : 161(404), 238(935)

– prévisible : 238(937), 240

Réitération de l' : 157

Rejet de l' : v. Refus

Rétractation de l' : 248

Révocation de l' : 247-249

– abusive : 249(1033)

V. aussi Demande, Pollicitation, Volonté

– P –

Pacte civil de solidarité (Pacs) : 394

Contrat ou statut : 128(183)

Formalisme : 308(65)

Pacte compromissaire : v. Clause d'arbitrage

Pacte de préférence : 166(420), 290(197), 347

Condition potestative dans le : 347(78)

Païement de l'indu : 13(241), 127(148)

Partage :

– amiable : 382

Donation- : v. ce mot

V. aussi Indivision, Succession

Patrimoine d'affectation : 27(137)

Personnalité juridique : 16(4), 18

– des animaux (non) : v. ce mot

– des personnes morales : 25-27

– des personnes physiques : 23
 Personnalité conditionnelle :
 – de la personne morale : 43
 – de la personne physique : 23(71), 42
 Plénitude de la : 58, 65
 – et incapacité de jouissance : 58(316)
 Survie pour les besoins de la liquidation : **72**,
 78, 82(549)
Personne humaine : 16, 25(91)
Personne morale : 17, 24-27
 – en formation : 44
 Offre de la : 48
 Reprise des engagements de la : 48(257)
 Dissolution de la : 71-72, 78
 Fiction (non) : 24-27
 Liquidation du patrimoine de la : 72, 76, 78, 81
Personne physique : 17. V. aussi Être humain
Plan d'aide au retour à l'emploi (Pare) :
 112(221), 128(197)
Plan de sauvegarde ou de reprise : 309(73)
Pollicitation : 161(97). V. aussi Offre
Porte-fort : 362(178)
Pourparlers (invitation à entrer en) : 157
 V. aussi Avant-contrat, Négociation
Pouvoir : 169, 279. V. aussi Représentation
 – défaut de : 171, 260-261
 – dépassement de : 171(452)
 – détournement de : 171(453)
Précaire (usage) : v. Bail
Préemption (droit de) : 129(206)
 V. aussi Retrait (droit de)
Prématuré (enfant) : v. Viabilité
Prescription de l'action : 5(65), 13(229)
Prestation : 361(174)
Prestation caractéristique : 354(125)
 – de l'échange avec soulte : 360(164)
 – du bail à rente : 369(224)
 – du contrat de concession : 385(335)
 – du louage : 367(209)
Prêt :
 – à intérêts : 317
 – et louage : 317(134), 324(162), 368(220)
 – de consommation : 364(191)
 Contrat unilatéral (non) : 317(134)
 Promesse de : 317(133), 324(162)
 Remise de la chose : 317
Preuve :
 – de l'acceptation : 196-198
 – de la volonté : 136-137, 187-188
 – de l'inexistence : 13(233)
 – de l'offre : 144-146
 – du contrat : 13(233)
Prix :
 – dans la vente : 360(161)
 – dans le bail : 368(215)
 – dans le contrat d'entreprise : 371(233)
 – dans le contrat de travail : v. ce mot
 – symbolique : 360(168)

Indétermination du : 149(325), 336(35),
 341(55)
Promesse :
 – de contrat réel : v. ce mot
 – synallagmatique : 349
 – unilatérale : 166(426), 290(193)(196), **348**
Prorogation (tacite) : 119(83)
 V. aussi Reconduction
Protestatio non valet contra actum :
 143(282), 195(589)
Protocole d'accord : 343
Publicité (mesures de) : 230(870)

– Q –

Qualification : v. Requalification
Qualité d'une chose : 225
Quasi-contrat : 127(148), 230(869)
Quotité d'une chose : 226

– R –

Reconduction tacite : 119(83), 125(121),
 179(518). V. aussi Prorogation
Réflexion : v. Acceptation
Refus de l'agrément : 159(397)
Refus de l'offre : 211-212
 – abusif : 212(690)
 – et contre-proposition : 210
 – présumée : 211
 Rétractation du : 212(698)
Refus de vente : 183(539)
Relation d'affaires : 119(79), 179(500)
Relation commerciale établie : 212(695)
Relevé de compte : 179(514)
Remise de dette : 139(248), 179(488),
 270(70), 380(311)
Représentant de commerce : 372(255)
Représentation : 75, **170**, 260-261
 – fiction (non) : 170
 – imparfaite :
 – de la personne physique : 32(155)
 – de la personne morale : 33(165), 55(300)
 – parfaite : 50(275)
 – successorale : 170 (448)
 V. aussi Aliénation mentale, *Infans*, Mandat
Réputé non écrit : 2(21), 143(288)
Requalification : 352
Réserve de la volonté : 152 s., 199 s.
 – absolue : 152(340)
 – d'agrément : 158-159, 205-206
 – déclarée : 152(340)
 – de confirmation : 158(385), 205
 – de modification : 208
 – de non-engagement : 153
 – absolu : 154-155, 204
 – immédiat : 156-157, 205

- de réitération : 158(387), 204
- juridique : 154, 200
- mentale : 152(340)
- relative : 152(340)
- Responsabilité** : v. Aliénation mentale, *Infans*, Négociation, Offre révoquée, Refus
- Restaurateur** : 371(245). V. aussi Vestiaire
- Restitution** : v. Obligation
- Retrait (droit de)** :
 - de la personne publique : 129(206)
 - V. aussi Prémption
 - de l'associé : 180(523)
- Retrait d'un acte administratif** : 6(104)

– S –

- Schuld** : 267
- Scission** : v. Transmission universelle
- Sécurité juridique** :
 - du formalisme : 296(16)
 - dynamique : 229(850)
 - statique : 229(849)
- Séquestre** : v. Dépôt
- Serment** :
 - décisoire : 198(604)
 - promissoire : 300(28), 302(34)
- Silence** : 124 s., 179-180
 - circonstancié : 125
- Simulation** : 231(880), 352
V. aussi Acceptation
- Société (contrat de)** : 6(139), 390
 - coopérative : v. ce mot
 - fictive : 390(368)
- Affectio societatis* : 189(557), 390(365)
- Apports : 390(353)
- Immatriculation : 44
- Nullité : 400(64)
- Société créée de fait** : 390(364)
- Société en formation** : v. Personne morale
- Société unipersonnelle** : 27(136), 72(451)
- Statut** : 18, 128(175). V. aussi Institution
- Stipulation pour autrui** : 32
- Stock (épuiement)** : 152(337), 250(1044)
- Subrogation personnelle** : 360(160)
- Substance** : 225(786)
V. aussi Erreur, Essence, Forme
- Succession** : 70(414), 72(446), 77, 80, 257(1065)
- Sujet de droit** : 16(4)
- Sûreté** :
 - personnelle : 365(199)
 - réelle : 365(199)

– T –

- Taxi** : 131(212), 157(379), 183(543)
- Terme suspensif** : 280

- Tolérance** : 119(81)
- Transaction** : 380
 - pénale : 128(201)
- Transfert *solo consensu*** : 251(1047), 312(88), 349(91), 356
- Transmission universelle** : 72(447), 76, 81
- Trouble mental** : v. Aliénation mentale

– U –

- Unipersonnel** : v. Société
- Usage** :
 - collectif : 179(507). V. aussi Coutume
 - conventionnel : 119(80)
 - *inter partes* : 179(499)
- Usufruit** : v. Cession, Donation

– V –

- Vente** : 360
 - à dire d'expert : 336(34)
 - à l'agrée : 158(394), 290(195)
 - à l'essai : 158(393), 206(631), 290(197)
 - à l'étalage : 219(730)
 - à réméré : 291(233)
 - d'une chose future : v. Contrat
- V. aussi Adjudication, Prix
- Vestiaire** : 375(280)
- Viabilité du nouveau-né** : 41(189)
- Vice du consentement** : v. Erreur, Violence
- Violence** : v. Contrainte
- Volition** : 117(29)
Nullité de la :
 - pour défaut de conscience : 94, 106, 109
 - pour défaut de pouvoir : 172, 260-261
- Processus de la : 117
V. aussi Acceptation, Offre, Volonté
- Volonté** : 114 s., 335
 - équivoque : v. ce mot
 - explicite : 142(268), 145, 194
 - expresse : 138(242), 142(268), 145, 194
 - implicite : 142(268), 194
 - présumée : 126, 138(246)
 - tacite : 138, 142(268), 189, 194
- Accord de : v. ce mot
- Autonomie de la : v. ce mot
- Disposition supplétive de : 128(154)
V. aussi Apparence, Cause, Consentement, Objet, Volition

– W X Y Z –

- Willenstheorie** : 116(16)
- Zachariä** : 3, 6(69)

TABLE DES MATIÈRES

AVERTISSEMENTS	I
ABRÉVIATIONS	III
SOMMAIRE	XI

INTRODUCTION	1
<i>1. Une interrogation philosophique – 2. L'assimilation historique de l'inexistence à la nullité – 3. Une notion mal née – 4. L'inexistence outre la nullité textuelle – 5. L'inexistence outre le régime des nullités – 6. La diffusion de la théorie – 7. La multiplication des causes d'inexistence – 8. Le triomphe de la critique – 9. Le renouveau contemporain de l'inexistence – 10. L'inexistence anéantit l'apparence – 11. L'essence précède l'existence – 12. Le contrat inexistant hors sa définition – 13. Régime et effets de l'inexistence : l'attraction du droit commun – 14. Une étiologie de l'inexistence</i>	

PREMIÈRE PARTIE

L'INEXISTENCE POUR CAUSE DE DÉFICIENCE CHEZ L'AUTEUR DE LA VOLONTÉ

15. La faculté de contracter

CHAPITRE I ^{ER} – L'ABSENCE DE PERSONNALITÉ JURIDIQUE	57
<i>16. Être une personne – 17. Personne physique et personne morale – 18. Personnalité juridique, statut et institution</i>	
Section I – La non-institution de la personnalité juridique	62
<i>19. Chronologie</i>	
§ 1 – La personnalité incréée	62
<i>20. Hypothèse</i>	
A – L'inexistence du sujet de droit	63
<i>21. La chose animée</i>	
1. La personne physique non conçue	68
<i>22. Du néant à l'être – 23. La personnalisation de l'être humain</i>	
2. La personne morale non organisée	75
<i>24. Fiction et réalité – 25. Personne morale et personnalité juridique – 26. La reconnaissance de la personne morale – 27. L'attribution de la personnalité juridique</i>	
B – L'inexistence du contractant	88
<i>28. Le consentement d'un représentant</i>	
1. L'inexistence de l'auteur de l'offre	88
<i>29. Une personne attendue</i>	
a. Le pollicitant incréé au jour de l'offre	88
<i>30. L'offre émise pour une personne physique non conçue</i>	
<i>31. L'offre émise pour une personne morale non organisée</i>	
b. Le pollicitant incréé au jour de l'acceptation	90
<i>32. L'acceptation retournée à une personne physique non conçue</i>	
<i>33. L'acceptation retournée à une personne morale non organisée</i>	
2. L'inexistence du destinataire de l'offre	93
<i>34. Un message non reçu</i>	
a. Le destinataire incréé au jour de l'offre	93
<i>35. L'offre adressée à une personne physique non conçue</i>	
<i>36. L'offre adressée à une personne morale non organisée</i>	

b. Le destinataire créé au jour de l'acceptation	94
37. <i>L'offre acceptée pour une personne physique non conçue</i>	
38. <i>L'offre acceptée pour une personne morale non organisée</i>	
§ 2 – La personnalité inachevée	95
39. <i>L'interruption d'un processus</i>	
A – L'imperfection du sujet de droit.....	96
40. <i>Un être sans personnalité</i>	
1. La personne physique non née	96
41. <i>La naissance comme condition</i> – 42. <i>Le statut de l'enfant avant la naissance</i>	
2. La personne morale non entérinée	103
43. <i>La personnalité juridique soumise à condition</i> – 44. <i>Le statut de la personne morale en formation</i>	
B – L'imperfection du contractant	106
45. <i>Une offre sous condition</i>	
1. L'imperfection de l'auteur de l'offre	107
46. <i>Une offre subordonnée à l'achèvement de son auteur</i>	
a. Le pollicitant inachevé au jour de l'offre	107
47. <i>L'offre émise pour une personne physique en gestation</i>	
48. <i>L'offre émise pour une personne morale en formation</i>	
b. Le pollicitant inachevé au jour de l'acceptation	113
49. <i>L'acceptation retournée à une personne physique en gestation</i>	
50. <i>L'acceptation retournée à une personne morale en formation</i>	
2. L'imperfection du destinataire de l'offre.....	117
51. <i>Une offre subordonnée à l'achèvement de son destinataire</i>	
a. Le destinataire inachevé au jour de l'offre.....	117
52. <i>L'offre adressée à une personne physique en gestation</i>	
53. <i>L'offre adressée à une personne morale en formation</i>	
b. Le destinataire inachevé au jour de l'acceptation.....	118
54. <i>L'offre acceptée pour une personne physique en gestation</i>	
55. <i>L'offre acceptée pour une personne morale en formation</i> – 56. <i>Conclusion</i>	
Section II – La disparition de la personnalité juridique.....	120
57. <i>Une personnalité fragile</i>	
§ 1 – La personnalité soustraite au cours de son existence	120
58. <i>La plénitude de la personnalité</i>	
1. La personne physique défaite de sa personnalité.....	122
59. <i>Une question anachronique</i> – 60. <i>L'étranger</i> – 61. <i>L'esclave</i> – 62. <i>Le mort civil</i> – 63. <i>L'absent</i>	
64. <i>Une personnalité nécessaire</i>	
2. La personne morale défaite de sa personnalité	131
65. <i>Une privation intégrale</i> – 66. <i>Une privation exceptionnelle</i>	
§ 2 – La personnalité éteinte au terme de son existence.....	132
67. <i>Le contrat en cortège</i>	
A – La disparition du sujet de droit.....	133
68. <i>Les causes d'une disparition</i>	
1. La personne physique décédée	133
69. <i>Le moment de la mort</i> – 70. <i>Le statut du mort</i>	
2. La personne morale dissoute	137
71. <i>Les causes de dissolution</i>	
72. <i>Dissolution de la personne morale et disparition de la personnalité juridique</i>	
B – La disparition du contractant	144
73. <i>Une volition dévolue à la succession</i>	
1. La disparition de l'auteur de l'offre.....	145
74. <i>Une offre pour la succession du pollicitant</i>	
a. Le pollicitant disparu au jour de l'offre.....	145
75. <i>L'offre émise pour une personne physique décédée</i>	
76. <i>L'offre émise pour une personne morale dissoute</i>	
b. Le pollicitant disparu au jour de l'acceptation.....	150
77. <i>L'acceptation retournée à une personne physique décédée</i>	
78. <i>L'acceptation retournée à une personne morale dissoute</i>	
2. La disparition du destinataire de l'offre.....	157
79. <i>Une offre pour la succession du destinataire</i>	
a. Le destinataire disparu au jour de l'offre	158
80. <i>L'offre adressée à une personne physique décédée</i> – 81. <i>L'offre adressée à une personne morale dissoute</i>	

b. Le destinataire disparu au jour de l'acceptation	161
82. <i>L'offre acceptée pour une personne physique décédée</i>	
83. <i>L'offre acceptée pour une personne morale dissoute</i> – 84. <i>Conclusion</i>	
CHAPITRE II – L'ABSENCE DE CONSCIENCE JURIDIQUE	165
85. <i>Une personne sans conscience</i>	
Section I – L'enfance	167
86. <i>Un seuil</i>	
§ 1 – L'enfant dépourvu de conscience	167
87. <i>Progression</i>	
A - Le champ de l'inconscience	168
88. <i>Du premier état de conscience à la conscience juridique</i> – 89. <i>Les degrés de la conscience juridique</i>	
B - L'âge de l'inconscience	169
90. <i>Variations</i> – 91. <i>Fixations</i>	
§ 2 – Le contrat conclu par l'infans	173
92. <i>Nature et expédients</i>	
A - La sanction contractuelle de l'inconscience infantile	173
93. <i>Une inaptitude contractuelle</i> – 94. <i>Un contrat inexistant</i>	
B - Les remèdes contractuels à l'inconscience infantile	177
95. <i>La conscience apparente</i> – 96. <i>La représentation de l'infans</i> – 97. <i>Le report de la formation</i>	
Section II – L'aliénation mentale	180
98. <i>Définition</i>	
§ 1 – La personne privée de conscience	180
99. <i>Sujétion</i>	
A - La nature de l'aliénation mentale	181
100. <i>L'aliénation pathologique</i> – 101. <i>L'aliénation physiologique</i>	
B - La portée de l'aliénation mentale	184
102. <i>Portée matérielle de l'aliénation</i> – 103. <i>Portée temporelle de l'aliénation</i>	
§ 2 – Le contrat conclu par la personne aliénée	185
104. <i>Mal et remèdes</i>	
A - La sanction contractuelle de l'aliénation mentale	186
105. <i>Une inaptitude contractuelle</i> – 106. <i>Un contrat inexistant</i>	
B - Les remèdes contractuels à l'aliénation mentale	192
107. <i>La conscience apparente</i> – 108. <i>La représentation de la personne aliénée</i> –	
109. <i>Le report de la formation</i> – 110. <i>Conclusion</i>	

SECONDE PARTIE

L'INEXISTENCE POUR CAUSE DE DÉFICIENCE DANS LA TENUEUR DE LA VOLONTÉ

111. *Droit commun et droit spécial*

TITRE I^{ER}

LA DÉFAILLANCE D'UNE CONDITION DE FORMATION COMMUNE À TOUS LES CONTRATS

112. *L'inexistence par définition*

CHAPITRE I ^{ER} – LE CONTRAT : UN ACCORD DE VOLONTÉ	201
113. <i>Prolégomènes</i>	
Section préliminaire – La place de la volonté dans le contrat	201
114. <i>La volonté pour source et pour principe du contrat</i>	
§ 1 – Le principe consensualiste	202
115. <i>L'apparition du contrat</i> – 116. <i>L'autonomie de la volonté</i>	
§ 2 – Le processus volitif	208
117. <i>L'élaboration de la volonté</i> – 118. <i>Volonté réelle et volonté apparente</i> – 119. <i>La rencontre des volontés</i>	

Section I – La volonté de l'offrant.....	224
120. <i>Inexistence ou nullité de l'offre</i>	
Sous-section I – L'absence d'offre.....	224
121. <i>Un acte juridique</i>	
§ 1 – L'absence de toute volonté.....	226
122. <i>Certitudes et incertitudes</i>	
A - L'inexistence certaine de la volonté.....	226
123. <i>L'absence de toute expression volontaire</i>	
1. Le silence.....	227
124. <i>Définition</i> – 125. <i>Le silence circonstancié</i> – 126. <i>La volonté présumée par le droit</i> –	
127. <i>Le consentement imposé, ou le contrat fictif</i> – 128. <i>Le contenu imposé : du contrat réglementé</i>	
au statut – 129. <i>Le cocontractant imposé</i>	
2. L'expression involontaire.....	246
130. <i>Une volition forcée ou égarée</i>	
a. L'émission par contrainte.....	247
131. <i>La contrainte physique</i> – 132. <i>La contrainte juridique</i>	
b. L'émission par mégarde.....	250
133. <i>La déclaration incontrôlée</i> – 134. <i>La déclaration mal orientée</i>	
B - L'existence incertaine de la volonté.....	252
135. <i>Une volonté inaccessible</i>	
1. Le fait non établi.....	252
136. <i>Prouver l'existence d'un comportement</i> – 137. <i>Prouver l'existence d'un comportement volitif</i>	
2. Le sens non saisi.....	253
138. <i>La recherche d'une volonté tacite</i> – 139. <i>Une volonté introuvable</i>	
§ 2 – La volonté ne valant pas offre.....	256
140. <i>Éléments constitutifs</i>	
A - L'incertitude de l'offre.....	256
141. <i>Une intention inaccessible</i>	
1. Le sens non saisi.....	256
142. <i>La recherche d'une offre implicite</i> – 143. <i>Une offre introuvable</i>	
2. L'acte non établi.....	266
144. <i>L'établissement relatif de toute certitude</i> – 145. <i>Une offre « expresse »</i> – 146. <i>Une offre écrite</i>	
B - L'imprécision de l'offre.....	272
147. <i>Une intention restant à préciser</i>	
1. L'offre indéterminée.....	272
148. <i>Hypothèse</i> – 149. <i>Analyse</i>	
2. L'offre incomplète.....	274
150. <i>Hypothèse</i> – 151. <i>Analyse</i>	
C - La rétention de l'offre.....	275
152. <i>Les réserves non disqualifiantes</i>	
1. La réserve de non-engagement.....	277
153. <i>Une réserve définitive ou temporaire</i>	
a. Le non-engagement absolu.....	278
154. <i>La négation de l'offre en général</i> – 155. <i>La négation d'une stipulation en particulier</i>	
b. Le non-engagement immédiat.....	280
156. <i>L'offre sous condition casuelle</i> – 157. <i>L'offre sous condition potestative</i>	
2. La réserve d'agrément.....	285
158. <i>Nature</i> – 159. <i>Régime</i> – 160. <i>Conclusion</i>	
Sous-section II – L'offre inefficace.....	289
161. <i>Un acte réceptice</i> – 162. <i>Un acte sans effet</i>	
§ 1 – L'offre en son nom propre : la restriction du droit de proposition.....	291
163. <i>Hypothèse</i>	
A - Le pollicitant empêché de contracter en son propre nom.....	291
164. <i>Un empêchement exceptionnel</i> – 165. <i>La restriction par le sollicitant</i> –	
166. <i>La renonciation par le pollicitant</i>	
B - L'inefficacité de l'offre émise en méconnaissance de l'empêchement.....	296
167. <i>Nullité de l'offre et inexistence du contrat</i> – 168. <i>L'exception de croyance légitime</i>	
§ 2 – L'offre au nom d'autrui : le défaut de pouvoir de représentation.....	298
169. <i>Le pouvoir de représenter autrui</i>	
A - Le pollicitant dépourvu du pouvoir de contracter au nom d'autrui.....	299
170. <i>Une technique juridique</i> – 171. <i>L'absence de pouvoir</i>	

B - L'inefficacité de l'offre émise en l'absence de pouvoir.....	302
172. Nullité de l'offre et inexistence du contrat – 173. L'exception de croyance légitime –	
174. Conclusion	
Section II – La volonté de l'acceptant.....	307
175. Inexistence ou nullité de l'acceptation	
Sous-section I – L'absence d'acceptation.....	308
176. Un acte juridique	
§ 1 – L'absence de toute volonté.....	308
177. Certitudes et incertitudes	
A - L'inexistence certaine de la volonté	308
178. L'absence de toute expression volontaire	
1. Le silence	309
179. L'acceptation présumée – 180. L'acceptation imposée	
2. L'expression involontaire.....	321
181. Une volition forcée ou égarée	
a. L'émission par contrainte.....	321
182. La contrainte physique – 183. La contrainte juridique	
b. L'émission par mégarde	323
184. La déclaration incontrôlée – 185. La déclaration mal orientée	
B - L'existence incertaine de la volonté	324
186. Une déclaration inaccessible	
1. Le fait non établi	324
187. Prouver l'existence d'un comportement – 188. Prouver l'existence d'un comportement volitif	
2. Le sens non saisi.....	325
189. La recherche d'une volonté tacite – 190. Une volonté introuvable	
§ 2 – La volonté ne valant pas acceptation	329
191. Division	
I - La réponse imparfaitement exprimée	329
192. Éléments constitutifs	
A - L'incertitude de l'acceptation.....	330
193. Une intention inaccessible	
1. Le sens non saisi.....	330
194. La recherche d'une acceptation implicite – 195. Une acceptation introuvable	
2. L'acte non établi	332
196. L'établissement relatif de l'acceptation – 197. Une acceptation « expresse » –	
198. Une acceptation écrite	
B - La rétention de l'acceptation	335
199. Une réserve définitive ou temporaire	
1. L'acceptation simulée	335
200. La négation de l'acceptation – 201. L'inacceptation de l'offre	
2. L'acceptation différée	337
202. Un consentement à renouveler	
a. La réitération	337
203. L'acceptation sous condition casuelle – 204. L'acceptation sous condition potestative	
b. L'agrément.....	339
205. L'acceptation sous réserve d'agrément – 206. Le contrat sous réserve d'agrément	
II - La réponse différemment exprimée	341
207. Répondre sans accepter	
A - La contre-proposition	341
208. Contre-proposition et acceptation – 209. Contre-proposition par offre croisée –	
210. Contre-proposition et refus	
B - Le refus	350
211. L'expression du rejet – 212. La sanction du rejet – 213. Conclusion	
Sous-section II – L'acceptation inefficace	354
214. Un acte constitutif – 215. Un acte sans effet	
§ 1 – L'inadéquation du message renvoyé.....	356
216. Reprendre ou se méprendre	
I - La reprise de l'acceptation	356
217. Une rétractation en voie d'expansion	
A - La faculté minimale : la rétractation jusqu'à réception	356
218. Le retrait de la volonté – 219. L'effacement du contrat	

B - La faculté étendue : la rétractation après réception.....	361
220. <i>Dispositions</i> – 221. <i>Application</i>	
II - La méprise de l'acceptant	368
222. <i>Une erreur pour fonder le contrat</i>	
A - L'inefficacité de l'acceptation non conforme	368
223. <i>La croyance erronée de l'acceptant</i> – 224. <i>La formation d'un malentendu</i> – 225. <i>L'erreur sur les qualités de la chose</i> – 226. <i>L'erreur sur la quotité de la chose</i> – 227. <i>L'ampleur du malentendu</i> – 228. <i>L'inefficacité de l'acceptation</i>	
B - L'exception de croyance légitime.....	381
229. <i>Le domaine de l'apparence</i> – 230. <i>La légitimité de la croyance</i> – 231. <i>Le régime de l'exception</i> – 232. <i>La résurrection du contrat</i>	
§ 2 – La privation du droit d'accepter.....	394
233. <i>Les bornes temporelles et personnelles de l'acceptation</i>	
I - L'acceptation hors délai	395
234. <i>Un consentement à contretemps</i>	
A - Le moment de l'acceptation.....	395
235. <i>La profusion des théories</i> – 236. <i>Discussion</i>	
B - L'acceptation hâtive.....	404
237. <i>L'hypothèse de l'adhésion anticipée à une offre future</i>	
1. Le délai de réception	405
238. <i>Réception de l'offre et formation du contrat</i> – 239. <i>Portée de l'acceptation donnée avant réception</i>	
240. <i>Applications</i>	
2. Le délai de réflexion	408
241. <i>Un frein à la précipitation</i> – 242. <i>Le dévoiement de la jurisprudence</i>	
C - L'acceptation tardive	413
243. <i>De l'intérêt d'accepter rapidement</i>	
1. L'offre caduque	413
244. <i>Les causes de caducité de l'offre</i> – 245. <i>L'expiration du délai de validité</i> – 246. <i>L'acceptation d'une offre caduque</i>	
2. L'offre révoquée.....	417
247. <i>Le principe de l'offre révocable</i> – 248. <i>Les conditions de la révocation</i> – 249. <i>Les conséquences de la révocation</i>	
3. L'offre acceptée.....	431
250. <i>Une offre exclusive</i> – 251. <i>Une acceptation ineffective</i>	
II - L'acceptation par un tiers	433
252. <i>Une acceptation par intrusion</i>	
A - L'acceptation en son nom propre.....	433
253. <i>Une offre réservée</i>	
1. L'offre <i>intuitu personae</i>	434
254. <i>La désignation du destinataire</i> – 255. <i>L'exclusion du tiers</i>	
2. L'offre <i>intuitu pecuniae</i>	436
256. <i>La désignation du destinataire</i> – 257. <i>L'exclusion du tiers</i>	
3. L'offre <i>intuitu rei</i>	438
258. <i>La désignation du destinataire</i> – 259. <i>L'exclusion du tiers</i>	
B - L'acceptation au nom d'autrui : le défaut de pouvoir	440
260. <i>Le consentement d'un tiers au nom du destinataire</i> – 261. <i>Le consentement du destinataire au nom d'un tiers</i> – 262. <i>Conclusion</i>	
CHAPITRE II – LE CONTRAT : UN ACCORD DE VOLONTÉ DESTINÉ À PRODUIRE DES EFFETS	
DE DROIT	445
263. <i>L'autre élément constitutif du contrat</i>	
Section I – L'inexistence juridique de l'engagement purement moral.....	446
264. <i>Un accord non juridique</i>	
§ 1 – La nature de l'engagement purement moral	446
265. <i>Approche</i>	
A - Délimitation du domaine de l'obligation morale.....	446
266. <i>Droit et morale</i> – 267. <i>Obligation morale et obligation imparfaite</i> – 268. <i>Obligation morale et obligation naturelle</i>	
B - Identification des sources de l'obligation morale	461
269. <i>L'obligation maintenue hors du droit</i> – 270. <i>L'obligation anéantie par le droit</i>	
§ 2 – La portée de l'engagement purement moral	468
271. <i>La morale au bord du droit</i>	

A - Le principe : l'ignorance de l'obligation morale par le droit.....	469
272. <i>La raison du principe</i> – 273. <i>L'expression du principe</i>	
B - L'exception : la sanction de l'obligation morale par le droit.....	470
274. <i>L'engagement moral illicite</i> – 275. <i>L'irréversibilité de l'engagement exécuté</i> –	
276. <i>La juridicité de l'engagement réitéré</i> – 277. <i>Conclusion</i>	
Section II – L'inexistence juridique de l'engagement purement potestatif.....	478
278. <i>Un voile à lever</i>	
§ 1 – La notion d'engagement purement potestatif.....	478
279. <i>Droit et pouvoir</i>	
A - L'obscurcissement de la matière.....	479
280. <i>Une obligation sous condition plutôt qu'à terme</i> – 281. <i>Une condition potestative plutôt que</i>	
<i>casuelle</i> – 282. <i>L'énigme de la condition mixte</i> – 283. <i>L'immixtion de la condition simplement</i>	
<i>potestative</i> – 284. <i>Une théorie délabrée</i>	
B - Le dégagement d'une définition	490
285. <i>La condition potestative distinguée de la condition mixte</i> – 286. <i>La condition purement</i>	
<i>potestative distinguée de la condition simplement potestative</i> – 287. <i>Une notion duale</i>	
§ 2 – La sanction de l'engagement purement potestatif.....	493
288. <i>La possibilité d'une existence potestative</i>	
A - Le domaine exigü de l'inexistence.....	493
289. <i>La qualité du potentiel : pouvoir du débiteur ou pouvoir du créancier</i> – 290. <i>La nature de la</i>	
<i>condition : condition suspensive ou condition résolutoire</i>	
B - Le principe tempéré de la nullité	502
291. <i>La nullité de l'obligation</i> – 292. <i>La neutralisation du pouvoir</i> – 293. <i>Conclusion</i>	

TITRE II

LA DÉFAILLANCE D'UNE CONDITION DE FORMATION
PROPRE À CERTAINS CONTRATS294. *La forme et le fond*

CHAPITRE I ^{er} – LA PERFECTION DU CONTRAT SUBORDONNÉE À UNE CONDITION DE FORME .	517
295. <i>Multiplécité des formes</i> – 296. <i>La raison de la forme</i> – 297. <i>Une forme substantielle</i>	
Section I – Le contrat parfait par sa proclamation : le contrat solennel	522
298. <i>Définition</i>	
§ 1 – La solennité constitutive du consentement.....	523
299. <i>D'hier à aujourd'hui</i>	
A - L'origine du phénomène.....	523
300. <i>Son apparition historique</i> – 301. <i>Sa justification pratique</i>	
B - L'actualité du phénomène.....	526
302. <i>La forme au cœur du consentement</i> – 303. <i>La forme auprès du consentement</i>	
§ 2 – La solennité constitutive de l'acte	529
304. <i>D'hier à aujourd'hui</i>	
A - L'origine du phénomène.....	529
305. <i>Une solennité archaïque</i> – 306. <i>Le consensualisme pour antagonisme</i>	
B - L'actualité du phénomène.....	531
307. <i>Des conventions soumises à une forme légale</i> – 308. <i>Les conventions soumises à l'intervention d'un</i>	
<i>officier public</i> – 309. <i>Les conventions soumises au prononcé d'une décision de justice</i> – 310. <i>Conclusion</i>	
Section II – Le contrat parfait par son exécution : le contrat réel.....	539
311. <i>L'exécution pour condition de formation</i> – 312. <i>Fortune passée et actuelle des contrats réels</i>	
§ 1 – La nature du contrat réel	544
313. <i>Une réalité ambiguë</i>	
A - La remise pour condition d'efficacité du contrat, ou le contrat réel <i>lato sensu</i>	544
314. <i>La donation manuelle</i> – 315. <i>Le gage</i>	
B - La remise pour condition d'existence du contrat, ou le contrat réel <i>stricto sensu</i>	550
316. <i>Le dépôt</i> – 317. <i>Le prêt</i>	
§ 2 – La portée de l'inexécution.....	554
318. <i>Une faculté ou une obligation</i>	

A - L'exécution facultative : l'inexistence du contrat réel non réalisé.....	554
319. La délivrance, condition de l'obligation de restitution – 320. La délivrance, condition constitutive du contrat – 321. Une tradition protectrice – 322. Une réalité incontournable	
B - L'exécution promise : la sanction imparfaite de la promesse de contrat réel.....	560
323. La validité de principe des promesses de contrat réel –	
324. La sanction limitée des promesses de contrat réel – 325. Conclusion	
CHAPITRE II – LA PERFECTION DU CONTRAT SUBORDONNÉE À UNE CONDITION DE FOND	565
326. Le fond du contrat	
Section I – Le contrat progressivement édifié.....	566
327. Une procédure spéciale de formation	
§ 1 – L'existence conditionnelle du contrat assujetti à un élément accidentel	566
328. Une condition suspensive	
A - L'intégration de l'élément accidentel à la formation du contrat.....	566
329. Une condition par accident – 330. Un élément nécessairement conditionnel –	
331. Une condition conventionnelle ou légale	
B - La portée de la condition suspensive sur l'existence du contrat	569
332. Une condition d'existence – 333. Une existence conditionnelle	
§ 2 – L'existence éventuelle du contrat assujetti à un élément essentiel	573
334. Une condition constitutive	
A - L'élément essentiel comme condition d'existence du contrat définitif.....	573
335. La volonté pour essence – 336. La formation retardée à une condition de validité –	
337. L'inexistence actuelle de l'engagement éventuel	
B - L'hypothèse de la formation immédiate d'un contrat préliminaire	580
338. L'articulation du contrat préliminaire avec le contrat définitif	
1. L'avant-contrat pour servir à la fixation des termes de la négociation.....	580
339. Du cadre au contenu	
a. La délimitation du cadre.....	580
340. L'accord de négociation – 341. Le contrat-cadre	
b. La détermination du contenu.....	582
342. L'accord partiel – 343. Le protocole d'accord	
2. L'avant-contrat pour conduire la marche forcée vers la conclusion	584
344. Du principe à la promesse	
a. L'accord de principe	584
345. Le principe de la négociation – 346. Le principe du contrat – 347. Le pacte de préférence	
b. La promesse de contrat.....	589
348. La promesse unilatérale – 349. La promesse synallagmatique – 350. Conclusion	
Section II – Le contrat spécialement qualifié	596
351. Une inexistence relative – 352. Un contrat sujet à requalification –	
353. Division des contrats spéciaux	
§ 1 – L'inexistence du contrat transactionnel.....	600
354. L'objet pour critère de qualification	
A - Les contrats créateurs d'obligations nouvelles.....	601
355. Taxinomie des contrats spéciaux	
1. Les contrats constitutifs d'une obligation de donner.....	602
356. Une espèce adaptée aux mutations de son milieu	
a. La dation unilatérale.....	604
357. La donation – 358. La fiducie-sûreté	
b. La dation réciproque	608
359. L'échange stricto sensu – 360. La vente	
2. Les contrats constitutifs d'une obligation de faire.....	613
361. Une famille nombreuse	
a. La prestation par bienfaisance.....	615
362. Le mandat – 363. Le dépôt – 364. Le prêt	
b. La prestation autrement causée	619
365. Les contrats de garantie – 366. L'échange de services	
3. Les contrats constitutifs d'obligations de donner et de faire.....	623
367. Le royaume du louage	
a. Le louage de chose.....	623
368. Le bail de droit commun – 369. Les baux qui n'en sont pas	

b. Le louage de service.....	627
370. <i>Une terminologie fluctuante</i>	
α. Le droit commun du louage de service.....	629
371. <i>Le contrat d'entreprise – 372. Le contrat de travail</i>	
β. Le droit spécial du louage de service.....	638
373. <i>Le mandat salarié – 374. Le dépôt salarié – 375. Le contrat de franchisage</i>	
B - Les contrats portant sur des obligations actuelles	643
376. <i>Des contrats méconnus</i>	
1. Les contrats récongnitifs	644
377. <i>L'acte instrumentaire – 378. Le contrat judiciaire</i>	
2. Les contrats extinctifs.....	646
379. <i>La dation en paiement – 380. La transaction</i>	
3. Les contrats modificatifs.....	649
381. <i>La novation – 382. Le partage amiable</i>	
§ 2 – L'inexistence du contrat organisationnel	652
383. <i>Des contrats à part</i>	
A - Les contrats encadrant une activité.....	653
384. <i>De l'aménagement à la réglementation</i>	
1. L'aménagement d'une relation d'affaires.....	653
385. <i>Les contrats de distribution – 386. Les contrats de coopération</i>	
2. La réglementation d'un milieu professionnel	657
387. <i>La convention collective – 388. L'accord d'entreprise</i>	
B - Les contrats instituant une communauté	659
389. <i>Une communauté de droit</i>	
1. L'établissement d'une communauté de biens	659
390. <i>Le contrat de société – 391. L'indivision conventionnelle – 392. Le contrat de mariage</i>	
2. La fondation d'une communauté de vie.....	668
393. <i>Le mariage – 394. Le pacte civil de solidarité – 395. Conclusion</i>	
CONCLUSION	679
396. <i>Un malentendu à dissiper – 397. Les causes propres de l'inexistence – 398. Les domaines respectifs de l'inexistence et des sanctions voisines – 399. La volonté pour toute source du droit – 400. Une catégorie logique plutôt que pratique – 401. Une reconnaissance paisible – 402. Une sanction nécessaire</i>	

* * *

BIBLIOGRAPHIE	691
I. TRAITÉS, MANUELS ET AUTRES OUVRAGES GÉNÉRAUX	691
A. Avant 1970	691
B. Depuis 1970.....	693
C. Sources historiques.....	695
D. Sources étrangères	695
II. RÉPERTOIRES, RECUEILS, ENCYCLOPÉDIES, DICTIONNAIRES ET AUTRES OUVRAGES COLLECTIFS..	696
III. THÈSES, MÉMOIRES, COURS ET AUTRES MONOGRAPHIES	698
IV. ARTICLES, ÉTUDES, RAPPORTS, FASCICULES ET COMPTES RENDUS.....	701
V. COMMENTAIRES, CONCLUSIONS, OBSERVATIONS ET NOTES DE JURISPRUDENCE	706
JURISPRUDENCE.....	711
INDEX.....	713
TABLE DES MATIÈRES.....	723

Imaginée au milieu du XIX^e siècle pour satisfaire de mauvais prétextes, asservie aussitôt à une logique fonctionnaliste, la théorie de l'inexistence naissait sous de bien mauvais auspices. Faute d'avoir jamais pu se défaire de ses excès, elle était condamnée à subir le feu de la critique doctrinale, et à y succomber. Si bien que c'est finalement son acte de décès que dressèrent, un siècle passé de cette vie polémique, les Travaux de l'Association Henri Capitant.

Aujourd'hui pourtant, n'ayant jamais au reste tout à fait déserté les prétoires, la notion d'inexistence, débarrassée de sa théorie, semble renaître. Un courant doctrinal nouveau tend désormais à convaincre que, loin de constituer la catégorie pratique, et non logique, à laquelle on l'avait hier ravalée, l'inexistence se présenterait tout au contraire comme une catégorie purement logique et nullement pratique. Et de fait, si l'on veut bien reconnaître que ses effets autant que son régime ont vocation à tout emprunter à la nullité absolue, formant ensemble un droit commun de l'anéantissement radical du contrat, il n'est plus aucun obstacle à en refaire l'examen méthodique, qui est celui de ses causes.

Comme toute chose, le contrat est inexistant chaque fois que lui manque un des éléments constitutifs de sa définition, autrement qualifiés d'essentiels. Si l'on s'entend pour désigner sous ce mot l'accord de volonté destiné à produire des effets de droit, il apparaîtra que son essence est tout entière dans la volonté des parties, et que celle-ci peut alors faillir pour des causes propres à la personne même de ses auteurs, aussi bien, et plus souvent même, que pour des causes relatives à la teneur de leur volition.

Ainsi borné, le domaine de l'inexistence n'empiète plus sur celui de la nullité. Contre l'instrument de dérèglement théorique qu'elle fut autrefois, l'inexistence reparaît pour ce qu'elle est simplement : une notion juridique ayant vocation, autant que d'autres, à sanctionner la formation du contrat.